Die über die heimliche Okkupation fremden Sachbesitzes und ihre Folgen nach gemeinem Rechte geltenden Grundsätze.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät

der Königl. Bayer. Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Willy Springorum

Referendar

aus Elberfeld.

BONN 1895.

Buch- und Steindruckerei Jos. Bach Wwe.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung. Erläuterung des Begriffes „heimliche Okkupation fremden Sachbesitzes“.

Abhandlung: Welche Grundsätze gelten über die heimliche Okkupation fremden Sachbesitzes und ihre Folgen?

A. bei Immobilien:

I. im Falle der totalen Okkupation:

1. hinsichtlich des Besitzers:

a. bei unmittelbar ausgeübtem Besitze.

α. Durch heimliche Okkupation geht Besitz nicht verloren.

αα. Erklärung dieses Satzes:

aa. er ist nicht eine Consequenz der Besitzlehre.

bb. er ist vielmehr eine durch das Bedürfnis nach Rechtsschutz hervorgerufene Singularität:

AA. im klassischen römischen Recht interd. U. P. Klage gegen Besitzentziehung.

BB. im neueren Recht:

a. interd. U. P. Besitzstörungsklage.

b. interd. de clandestina possessione hat es nicht gegeben.

ββ. Seine Wirkungen. Der Besitzer hat:

aa. gegenüber Okkupanten:
AA. bösgläubigen:
a. Vertreibungsrecht.
b. Rechtsmittel:
α. interd. U. P.
β. interd. U. V.
BB. gutgläubigen.
bb. gegenüber Dritten, welche vor der Kenntnis des Besitzers von der Okkupation Besitz tradiert bekommen haben, diese Rechtsmittel.
cc. Ersitzungsbesitz.
dd. Passivlegitimation hinsichtlich der rei vindicatio.

β. Besitz geht dagegen verloren:
αα. Besitzer ist handlungsfähig:
aa. corpore: wenn Beseitigungsversuch misslingt.
bb. animo: wenn er sich bei der Kenntnisnahme von der Occupation beruhigt:
AA. Besitzer könnte den animus possidendi durch Beseitigungsversuch dokumentieren.
BB. Besitzer ist krank, weit abwesend u. s. w.
ββ. Besitzer ist handlungsunfähig: corpore.

b. bei mittelbar ausgeübtem Besitze:
α. Okkupation während vorübergehender Abwesenheit des Stellvertreters.
β. Okkupation:
αα. nach treulosem Abzuge des Stellvertreters.
ββ. nach Tod oder Geisteskrankheit des Stellvertreters.

γ. Stellvertreter übergiebt die Detention an einen Dritten, der den animus possidendi hat.
δ. Stellvertreter nimmt animus domini an.
2. hinsichtlich des Okkupanten:
a. er hat Interdiktenschutz:
α. Dritten gegenüber.
β. nicht dem abwesenden Besitzer gegenüber.
b. er hat nicht Ersitzungsbesitz.
II. im Falle der partiellen Okkupation.
B. bei Mobilien.
I. hinsichtlich des Besitzers:
1. bei unmittelbar ausgeübtem Besitze:
a. der Besitz geht verloren:
α. er ist handlungsfähig.
β. er ist handlungsunfähig.
b. er hat:
α. nicht ein Vertreibungsrecht.
β. Rechtsmittel:
αα. im klassischen römischen Recht: interd. utrubi.
ββ. nach heutigem Recht: Spolienklage.
γγ. condictio possessionis.
2. bei mittelbar ausgeübtem Besitze:
a. Okkupation während vorübergehender Abwesenheit des Stellvertreters.
b. Stellvertreter tradiert.
c. Stellvertreter nimmt animus domini an.
II. hinsichtlich des Okkupanten:
1. er wird Besitzer.
2. er hat Ersitzungsbesitz.

Schluss: Kurze Darlegung der von dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches über diese Frage aufgestellten Grundsätze.

Die Besitzlehre bildet in hervorragendem Maasse einen Teil des Pandektenrechts, welcher mit seinen vielen Streitfragen und grösstenteils noch nicht erklärten Unklarheiten reichlichen Stoff zu eingehenderen Behandlungen bietet, wenn auch andererseits nicht verkannt werden darf, dass gerade hierdurch Schwierigkeiten entstehen, deren Lösung fast nie oder wenigstens höchst selten in befriedigender Weise erfolgen wird, und es so immerhin ein grosses Wagnis für Ungeübte ist, an Fragen dieser Lehre heranzugehen und eine selbstständige Lösung derselben herbeiführen zu wollen. Eine solche Centralisierung von Streitfragen finden wir auch bei den über die heimliche Okkupation fremden Besitzes und deren Folgen geltenden Grundsätzen; es soll nun im Folgenden eine Zusammenstellung und einheitliche Erklärung dieser Grundsätze versucht werden. Als Einleitung möge eine Erläuterung des Begriffes „heimliche Okkupation fremden Sachbesitzes“ vorausgehen.

Das Wort „Okkupation“ ist ein technischer Ausdruck der Besitzlehre und bezeichnet eine Art des Besitzerwerbes, und zwar im Gegensatz zur Tradition die einseitige Besitzergreifung, welche naturgemäss bei besitzlosen Objekten die einzigste Möglichkeit des Besitzerwerbes bildet. Jedoch auch bei der thatsächlichen Gewalt eines anderen unterworfenen Sachen — wir folgen der allgemeinen Definition des Besitzes, welche denselben

als die thatsächliche Gewalt einer Person über eine körperliche Sache verbunden mit dem Willen der Person, die Sache vollständig für sich zu haben, bezeichnet — kennt man eine einseitige Besitzergreifung, welche die Beseitigung der bestehenden thatsächlichen Gewalt voraussetzt und immer, um das Moment der Einseitigkeit zu bewahren, gegen den Willen des bisherigen Inhabers erfolgen muss. Dies ist die Okkupation fremden Besitzes.

„Heimliche Okkupation fremden Sachbesitzes“ sind Worte der gestellten Aufgabe. Das Wort „heimlich“ kann nach unserem Sprachgebrauche zweideutig sein; man bezeichnet damit ebensowohl die subjektive Verheimlichung, als das objektive Geheimsein. In letzterem Sinne ist für mich alles das heimlich, was mir geheim bleibt, was geschieht, ohne dass ich davon Kenntnis bekomme, gleichgültig, ob der andere es absichtlich verheimlicht oder ich es aus anderen Gründen nicht erfahre. Jede Besitznahme fremden Besitzes ist also dann heimlich, wenn der bisherige Besitzer von ihr nichts weiss; auf die Handlungsweise des Okkupanten, mag derselbe offen oder heimlich okkupiert haben, kommt es nicht an. Das vitium bezieht sich hier nicht auf die subjektiv dem Besitzer verheimlichte, sondern auf die ihm objektiv geheim gebliebene Besitznahme. Es dürfte sich deshalb auch eine Erörterung der Grundsätze, welche für die in bona fide erfolgende heimliche Okkupation gelten, empfehlen. Da nun die Rechtssätze, welche eine von den übrigen Fällen der iniusta possessio gesonderte Darstellung der heimlichen Okkupation und ihrer Folgen als gerechtfertigt erscheinen lassen, auch auf die in gutem Glauben erfolgende heimliche Okkupation angewandt werden müssen, so dürfte sich eine getrennte Darstellung dieser beiden Fälle von heimlicher Okku-

pation nicht als notwendig erweisen. Im übrigen werde ich, sollte sich noch eine verschiedene rechtliche Behandlung des gut- und bösgläubigen heimlichen Okkupanten ergeben, in meinen weiteren Ausführungen darauf eingehen.

Wie das Wort „Sachbesitz“ in dem gewählten Thema anzeigt, werden wir bei unseren Ausführungen nicht nur Immobilien, sondern auch Mobilien zu berücksichtigen haben. Schon hier ist zu erwähnen, dass jedoch die Schilderung der für Mobilien geltenden Grundsätze wegen der Nichtexistenz von Singularitäten sich auf ein geringes Maass beschränken lässt. Doch greife ich dadurch schon zu weit meinen späteren Erörterungen vor; ich möchte nur das feststellen, dass das römische Recht in Bezug auf die Wirkungen heimlicher Besitzergreifung einen sonst sehr selten hervortretenden, hier aber durchgreifenden Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien gemacht hat. Während es bei Mobilien anerkennt, dass hier die sich aus der Natur des Besitzbegriffes ergebenden allgemeinen Regeln gelten, hat es für Immobilien Bestimmungen aufgestellt, welche dringend der Erklärung bedürfen, die einer gesunden Auffassung vollständig widersprechend Singularitäten zu bilden scheinen.

Das Corpus iuris lehrt: im Falle heimlicher Okkupation eines Grundstücks soll der Besitz dem abwesenden Besitzer erhalten bleiben, solange als der Besitzer keine Kenntnis von der Okkupation erhalten hat. Man vergleiche Stellen wie l. 25 § 2, l. 46, l. 3 § 7 D. 41, 2. Das ist der Grundsatz, auf dem alle sonst noch eigentümlich erscheinenden Grundsätze über die heimliche Okkupation an Immobilien basieren. l. 47 D. 41, 2 hebt ausdrücklich hervor, dass dieser Satz bei beweglichen

Sachen nicht gilt. Diese verschiedenartige Normierung des Verhältnisses, je nachdem Mobiliar- oder Immobiliarbesitz in Frage steht, sodann der Umstand, dass der eben genannte Grundsatz bei Immobilien eine eigentümliche Anwendung des Besitzbegriffes zeigt, hat viele Juristen veranlasst, eine in Bezug auf die heimliche Okkupation eines Grundstücks bestehende Singularität anzunehmen. Denn die allgemeinen Grundsätze sind folgende: Trotz des Streites über die allgemeine Auslegung der l. 153 D. 50, 17 erhellt aus den Quellenentscheidungen, dass der Besitz sowohl von der körperlichen, als der Willensseite verloren gehen kann. Solo corpore tritt der Besitzverlust an einem Grundstücke ein durch jede Thatsache, welche dem bisherigen Besitzer die körperliche Einwirkung auf das Grundstück dauernd unmöglich macht, durch Handlungen Dritter oder sonstige Ereignisse. Dass der Abwesende nicht schon durch seine blosse Entfernung den Besitz verliert, ist unbestritten und folgt ohne weiteres aus dem Wesen des Besitzes an Grundstücken. Zum Vorhandensein des corpus beim Immobiliarbesitz gehört überhaupt nicht, dass wir das Grundstück jeden Augenblick betreten, sondern es jeden Augenblick betreten können. Es liegt also gewissermassen eine solo animo possessio vor, aber auch nur gewissermassen, da die faktische Einwirkung nicht zerstört, sondern, um mit Savigny zu reden, „nur in eine entferntere Möglichkeit verwandelt ist.“ Dieses Betretenkönnen wird jedoch unzweifelhaft durch Okkupation in Abwesenheit des Besitzers aufgehoben, sofern der Okkupant die Rückkehr gewaltsam zu verhindern im Stande ist; es müsste dann also auch nach dem allgemeinen Grundsatze der Besitz corpore mit der Okkupation verloren gehen und nicht erst dann, wenn dem Besitzer ein

Versuch den Okkupanten zu vertreiben misslingt. Dennoch soll in diesem Falle der Besitz so lange fortdauern, als der alte Besitzer keine Nachricht von der Okkupation erhält. Also eine Ausnahme von der Regel, eine Singularität!

Wie man diesen Satz aufzufassen habe, darüber herrscht grosser Streit in der juristischen Litteratur. Die einen Juristen fassen ihn als Singularität auf, die anderen als eine natürliche Konsequenz der Besitzlehre und versuchen dies auf alle mögliche Weise zu begründen. Letztere Ansicht vertritt u. a. Kierulff,[1]) der zu beweisen sucht, dass jener Satz eine Konsequenz aus der Natur unbeweglicher Sachen sei, an denen der Besitz so lange bestehe, als der Besitzer seinen animus domini durchsetzen könne und wolle. Dass dies Können ihm bei unbeweglichen Sachen durch die blosse Enfernung von denselben nicht verloren gehe, da er an der willkürlichen Herstellung des körperlichen Besitzes hier nicht, wie bei beweglichen Sachen durch die Unmöglichkeit, sie wieder aufzufinden, gehindert werde, soll nicht bestritten werden. Jedoch seine weiteren Behauptungen scheinen mir unverträglich mit dem Wesen des Besitzes; sie gehen dahin, dies Verhältnis des Besitzers zum Grundstück werde durch den Umstand, dass ein anderer ohne Wissen des Besitzers das Grundstück okkupiert, nicht gestört, da es noch unbestimmt sei bis zur Kenntnis des Besitzers von der Okkupation, ob derselbe seinen animus durchsetzen könne und wolle. Er könne ja nach erhaltener Kenntnis zurückkehren und den Okkupanten vertreiben; dann habe er den Besitz nie verloren. Nach dem Wesen des Besitzes muss man aber vielmehr sagen, im letzten Falle hat der Dejicierte

[1]) Pandekten S. 394.

den bereits verlorenen Besitz wieder erlangt. Nach Kierulffs Ansicht müsste konsequent dasselbe bei Mobilien gelten, was anerkannter Weise nicht der Fall ist (cf. die oben erwähnte Digestenstelle), wenn es auch immerhin richtig ist, dass bei beweglichen Sachen die Okkupation durch einen anderen hinter dem Rücken des Besitzers fast immer die Möglichkeit der Wiederergreifung ausschliessen wird. Kierulff geht zu weit, wenn er diesen nur für Grundstücke geltenden Satz selbstverständlich findet. Ihering[1]) sieht in dem Satze lediglich eine Konsequenz seiner Theorie über das Wesen des Besitzes und Besitzverlustes; er sagt, der Besitz sei im allgemeinen dann erloschen, wenn die Lage der Sache sich so gestaltet habe, dass dieselbe mit der regulären Art und Form, wie der Eigentümer sich der Sache zu bedienen pflege, nicht übereinstimme. Der Dejicierte verliere im vorliegenden Falle erst mit Kenntnisnahme der Okkupation den Besitz, weil man erst dann von einem Nicht-Verhalten, wie sich der Eigentümer in solchen Fällen benehmen würde, sprechen könne, indem er keine Anstalten zur Vertreibung des Okkupanten treffe, vielmehr im kritischen Augenblicke als Eigentümer nicht sichtbar sei. Aber könnte man nicht mit derselben Berechtigung sagen, der Okkupant solle sofort wie bei Mobilien, so bei Immobilien Besitz erwerben, und der Abwesende ihn sofort verlieren, weil nur jener als Eigentümer sichtbar ist. Man stelle sich den Fall vor, dass der bisherige Besitzer monatelang von der Okkupation keine Kenntnis bekommen kann. Auch Pininsky[2]) hält den Satz für eine „Konsequenz aus dem Wesen des Besitzverhältnisses". Lenz[3]) meint, die Regel des

[1]) Grund des Besitzschutzes S. 123. [2]) I. S. 197. [3]) Recht des Besitzes S. 244 bis 254.

römischen Rechts, dass der Besitz an Immobilien nur animo verloren werden könne, habe ihren Grund darin, dass man überhaupt den Besitz an Immobilien durch blossen Willen erwirbt, und die Nähe zur Sache, das corpus, sei nur darum notwendig, um das als Voraussetzung des Willens unentbehrliche Wissen zu begründen. Hieraus liesse sich dann der Satz über die heimliche Okkupation leicht erklären. Doch halte ich diese Ansicht für verfehlt und nicht im römischen Rechte begründet. Das corpus des Besitzes an Immobilien kann ja unmöglich etwas vollständig anderes sein, als das an Mobilien. Alle diese Versuche durch neue Definitionen des Besitzbegriffes den Satz als eine Konsequenz der Besitzlehre darstellen zu wollen, beweisen durch ihre Unzulänglichkeit zur Genüge, dass er wirklich in seiner abstrakten Form eine Singularität bildet. Er ist in der That mit der herrschenden Auffassung des Besitzbegriffs in keiner Weise in Einklang zu bringen. Er erscheint nicht nur als eine Ausnahme von den Principien der Besitzlehre, sondern sogar als eine unerklärliche Singularität, eine „merkwürdige“ Ausnahme, wie ihn Savigny nennt. Niemals würde man, wenn man sich diese positive Bestimmung wegdächte, aus der Natur des Besitzes als einer wirtschaftlichen Verbindung zu einem ähnlichen Resultate gelangen. Wie die Ansicht jener Schriftsteller zu beurteilen ist, die in dem Bestreben, die Singularität möglichst zu beschränken und in Beziehung zu der herrschenden Besitzlehre zu bringen, der Regel nur eine relative Bedeutung zuschreiben, namentlich behaupten, der Eindringling sei nur dem früheren Besitzer gegenüber nicht als Besitzer zu betrachten, geniesse aber im Verhältnis zu dritten Personen stets oder doch unter Umständen des unbeschränkten Besitzschutzes, ist an

anderer Stelle zu behandeln. Jedenfalls erkennen sie, ich nenne nur Baron, Bruns, Fitting, Rudorff, Witte die Singularität des Satzes an. Es heisst jetzt, die Entstehung desselben zu erklären.

Warum nimmt das römische Recht Fortdauer des alten Besitzes an, wenngleich ein anderer das Grundstück betreten hat in der Absicht, Besitz zu erwerben? In dieser Beziehung sind nun viele Meinungen aufgestellt worden; m. E. hat die, wonach das Bedürfnis nach Rechtsschutz die Römer zur Aufstellung eines solchen Satzes veranlasst hat, vieles für sich, wenn sich auch in einzelnen Punkten erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Es steht thatsächlich fest, dass das justinianische Recht ein Interdikt, mit dem sich heimlich erworbener Besitz wieder erlangen lässt, nicht kennt. Um diese sich sehr fühlbar machende Lücke auszufüllen, nahmen die Römer eine Besitzfortdauer für den alten Besitzer trotz der heimlichen Okkupation an und gaben ihm dadurch die gegen eine Besitzstörung gerichteten Klagen, welche gegenwärtigen Besitz voraussetzten. Wunderbar erscheint immerhin, dass die Römer sich eher zur Einführung eines solchen, die ganze Besitzlehre durchschneidenden Satzes entschlossen, als sich vom Prätor ein Interdikt geben zu lassen, ein Vorgehen, welches bei einem auf einer so hohen Stufe juristischer Bildung stehenden Volke immerhin befremdend scheint. Jedoch könnte eine solche Entwickelung durch den Wegfall der rekuperatorischen Funktion des interd. U. P. hervorgerufen sein; denn so lange dieselbe bestand, gab es einen Rechtsschutz gegen heimliche Besitzentziehung. Hieraus müsste dann folgen, dass der Wegfall der rekuperatorischen Funktion zu der Zeit des Entstehens dieses Satzes eingetreten wäre. Ziffernmässig lässt sich

dieses nicht nachweisen, haben wir doch keine lex, keine constitutio, durch welche dieser Rechtssatz eingeführt ist. Aber möglich ist diese Annahme immerhin; jedenfalls lässt sich der Beweis erbringen, dass die rekuperatorische Funktion im Justinianischen Recht nicht mehr besteht, während andererseits es nicht unwahrscheinlich ist, dass der berufene Rechtssatz erst in der späteren Kaiserzeit zu allgemeiner Geltung gekommen ist. Er wird ein Erzeugnis der Jurisprudenz gewesen sein, welche so oft anomale, aber für das praktische Leben unentbehrliche Rechtssätze allmählich zur Geltung zu bringen wusste. Savigny glaubt übrigens, den Beweis für die Behauptung, dass dieser „merkwürdige" Rechtssatz nicht zu den Zeiten der Republik und der ersten Kaiser bestanden hat, unmittelbar aus den Digesten ableiten zu können. Papinian, Paulus, Ulpian, römische Juristen Ende des zweiten und Anfang des dritten Jahrhunderts p. Chr. n., behandeln den Satz als Regel (cf. Papinian l. 46 D. 41, 2; Paulus l. 3 § 7, 8 eod. t.; Ulpian l. 6 § 1 eod.) Celsus, Pomponius, welche bekanntlich in der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts p. Chr. n. lebten, erwähnen den Satz ebenfalls, sind aber immerhin zweifelhaft (cf. Celsus l. 18 § 3, 4 D. 41, 2 und Pomponius l. 25 § 2 eod.). Labeo schliesslich, der Begründer der Prokulianer, ein Jurist des ersten Jahrh. p. Chr. n., sagt das Gegenteil, wird aber von Ulpian berichtigt — so ist wenigstens die richtige Interpretation dieser Stelle — cf. die schon mehrfach citierten l. 6 § 1, 7 D. 41, 2. Schirmer meint, auch Gaius scheine diesen Satz zu ignorieren und führt als Beweis hierfür l. 38 D. 41, 3 an; dies dürfte jedoch immer zweifelhaft sein. Jedenfalls halte ich van de Water's Vermutung nicht

für richtig, der in der l. 25 § 2 D. 41, 2 statt des quasi magis der Handschriften Quinto Mucio einsetzt und daraus folgert, dass bereits Quintus Mucius, gestorben 82 v. Chr., sich für die längere Dauer des Besitzes ausgesprochen hätte. Auch Baron, der allerdings durch eine andere Interpretation der l. 6 § 1 und l. 7 cit. zu der Behauptung gelangt, dass Labeo diesen Satz doch schon gekannt habe, und deshalb die eben entwickelte historische Erklärung Savignys verwirft, giebt zu, dass die Rechtsregel in früherer Zeit nicht gegolten habe, und erklärt sie für eine Schöpfung der Jurisprudenz. Ich glaubte eben, einen Zusammenhang zwischen dem Wegfall der rekuperatorischen Funktion des interd. U. P. und dem Aufkommen unseres Satzes finden zu müssen. Zur Zeit des Bestehens dieser rekuperatorischen Funktion erwarb also der Okkupant durch die heimliche Okkupation Besitz. Nach den Quellen war er clandestinus possessor — also doch possessor — und fiel unter den allgemeinen Begriff vitiosus possessor, der als solcher dem interd. U. P. unterlag, einem interdictum retinendae possessionis, welches aber mit seiner Duplicität und der rekuperatorischen Funktion einem interdictum recuperandae possessionis thatsächlich gleichkam. Um hierauf näher einzugehen, so sagen die Quellen von der Duplicität „par utriusque litigatoris condicio est, par omnium causa videtur“, d. h. keiner ist vorzugsweise Kläger oder Beklagter. Es ist gleichgültig, den einen als Kläger, den anderen als Beklagten zu bezeichnen, weil es auf solche Verteilung der Parteirollen im iudicium duplex nicht ankömmt. Indifferenz der Parteirollen ist das Wesen der Duplicität. Das interd. U. P. hat m. E. die Duplicität infolge zweier zusammenwirkender Momente erlangt, welche allerdings dieselbe nicht als unabweisbare

Notwendigkeit mit sich brachten. Einmal war es die controversia possessionis, uter ex ligitatoribus possidere debeat. Eigentümer an benachbarten Grundstücken machen jetzt einzelne Terrainstücke streitig, an welchen jeder Eigentum zu haben behauptet, jeder seinen Besitz nachzuweisen sucht. Jeder stützt sich auf die eigenen Besitzhandlungen und bekämpft die gegnerischen als Störungshandlungen, gegen welche er durch Verbote geschützt zu werden begehrt. Dies ist ein Anlass zur Duplicität des interd. U. P. Ein zweiter Grund liegt in dem eine besondere Art der Verwirklichung der Rechtshülfe darstellenden Interdiktenverfahren, welches in der administrativen Thätigkeit des Prätors als oberste Polizeibehörde seinen Ursprung nahm, indem derselbe nach der Lage des Falles, also nach causae cognitio, sich über materielle und formelle Rechtsvorschriften hinwegsetzend entschied. Später wurde das interdictum zu einer abstrakten Rechtsvorschrift, deren Verletzung seitens einer Partei durch den iudex auf Grund des Sponsionenverfahrens festgestellt wurde, ein Uebergangsstadium, welches schliesslich durch vollständige Gleichstellung des interdictum und sonstiger Rechtssätze — beide erzeugten bei Verletzung actiones — seinen Abschluss fand. Der erste wesentliche Punkt des Interdiktenverfahrens in seiner ältesten Gestalt war hinsichtlich des interd. U. P. ein Friedegebot des Prätors, welches verhüten will (vim fieri veto) und an beide Teile erging. Denn so lange noch nicht durch abschliessende causae cognitio festgestellt ist, wer von beiden Teilen als Besitzer zu schützen ist, muss sich notwendig das Interdikt an die Adresse von beiden richten, und Frieden zu halten, sowie der Gewalt zu entsagen wird von beiden Teilen begehrt. Wie schon oben erwähnt, steht dem interdictum

duplex der klassichen Zeit im justinianischen Recht die utilis actio ex causa interdicti gegenüber; das alte Interdiktenverfahren hat dem gewöhnlichen Verfahren Platz gemacht, und zwischen interdictum und actio ist formell kein Unterschied mehr. Mit dem Wegfall des eine besondere Prozessform kennzeichnenden Interdiktenverfahrens ist aber auch die Duplicität, welche, wie eben gesehen, hauptsächlich eine Folge des formalen Rechtes war, weggefallen; das interd. U. P. ist eine Negatorienklage auf Grundlage des Besitzes geworden, und mit dem Ziele der Freisprechung oder Verurteilung bewegt sich der Prozess in den gewöhnlichen Formen; gegen Brinz können wir für das heutige Recht nicht mehr an der Duplicität festhalten, da wir dieselbe als einen Ausfluss der Prozessformen betrachten, welche schon unter Justinian und erst recht heute beseitigt sind. Kommen wir jetzt zur rekuperatorischen Funktion im Speziellen. Dieselbe bestand darin, dass obwohl eine der Voraussetzungen für die Aktivlegitimation der Besitz war, dennoch der nichtbesitzende Kläger siegen konnte, wenn der Beklagte vi, clam, precario ab adversario besass; das Interdikt bewirkte also in dieser Beziehung Restitution des Besitzes. Ebenso konnte der Beklagte, wenn der Kläger das interd. U. P. anstellte, durch Vorschützen des exceptio vitii Zuweisung des Besitzes erlangen. M. E. ist diese rekuperatorische Funktion im früheren römischen Rechte vorhanden gewesen. Baron sucht sie in seinen Pandekten daraus zu erklären, dass die formelle Handhabe hierzu die falsche Lehre von der possessio plurium in solidum gebildet habe. Er sagt falsche Lehre, und ich muss mich ihm in dieser Beziehung anschliessen; denn — man gestatte mir die kleine Abschweifung, da eine Entscheidung über diese Frage

auch bei der weiteren Behandlung des Themas von Wichtigkeit ist — eine possessio plurium in solidum, das Ausüben der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen durch mehrere nebeneinander ist ein Unding, eine Auffassung, welche gesunden Anschauungen widerspricht. Es war ja einer ersten Auffassung sicher naheliegend, bei den eigentümlichen Folgen des interd. U. P. Doppelbesitz zu konstruieren. Die Kontroverse über die Gesamtberechtigung mehrerer beim Besitz war selbst zur Zeit der letzten klassischen Juristen nicht ausgetragen, ja nach Lage der Quellen ist nicht einmal das zu Justinians Zeit geltende Recht vollständig klar. Die Hauptquelle unserer Kenntnis davon ist eine Stelle des Paulus (l. 3 § 5 possess. 41, 2). Diese Stelle sagt nur, dass Labeo zuerst der von seinem Lehrer Trebatius überkommenen Lehre widersprochen hätte;[1]) und weil hier Sabinus, und in anderen Stellen auch Julianus (l. 19 pr. D. 43, 26) und Pomponius (l. 15 § 4 eod.) sich als Bekenner der älteren Lehre ergeben, während Celsus dieselbe Ansicht wie Labeo vertritt (l. 5 § 15 D. 13, 6), so handelt es sich gewiss um einen Streit der beiden Schulen. Von späteren Juristen neigt sich Paulus in der citierten Stelle mit Entschiedenheit auf die Seite der Prokulianer; eine solche Konkurrenz mehrerer Besitzer, sagt Paulus, ist durchaus unmöglich, da aller Besitz entweder auf wahre Detention (tenere) oder „auf juristische Fiktion

[1]) Es ist bemerkenswert, dass die Opposition gerade von Labeo ausging, der zuerst gegenüber den traditionellen Lehren der Sabinianer die Ausschliesslichkeit alles Besitzes und die logische, wie thatsächliche Unmöglichkeit des Doppelbesitzes hervorhob. Für den Besitz als Thatsache ist die causa possessionis gleichgültig; zweierlei wirklicher Besitz kann nicht statuiert werden.

derselben (tenere videri) gegründet ist; nun ist alle Fiktion nur da möglich, wo das fingierte Faktum selbst nicht unmöglich wäre; aber es ist unmöglich, dass mehrere Personen die Detention derselben Sache haben; also kann auch keine juristische Fiktion diese Unmöglichkeit aufheben.“ [1]) Eine Stelle wie Ulpian (l. 3 pr. D. 43, 17) hier zu erklären, halte ich nicht für ratsam, da sie zu kompliziert ist, um unmittelbare Schlüsse für unsere Frage zuzulassen; jedenfalls geht aus dieser Stelle nicht hervor, dass Ulpian eine possessio plurium in solidum anerkannt habe, vielmehr kann man sie gut mit dem sonst von diesem Juristen eingenommenen Standpunkte vereinigen; er scheint der früheren Lehre nur gelegentlich zu gedenken, ohne sie zu verteidigen. Mag nun auch unter den beiden Schulen ein Streit geherrscht haben, in Justinians Kompilation ist die Regel anerkannt: „plures eandem rem in solidum possidere non possunt.“ Man darf wohl annehmen, dass die Lehre vom Doppelbesitz nur eine vorübergehende Episode in der römischen Litteratur war, und dass die Opposition der Prokulianer später generell gebilligt worden ist, sobald die Theorie mit grösserer Schärfe dem Wesen des Besitzes nachging und sich nicht mehr vom ersten Schein gefangen nehmen liess. Kommen wir zurück zur rekuperatorischen Funktion des interd. U. P.; dass diese bestanden hat, nehmen wir mit vielen bedeutenden Juristen an. Wie dieselbe entstanden ist, das ist eine andere Frage. Das interd. U. P. giebt jedenfalls durch seine rekuperatorische Funktion trotz der Bezeichnung als retinendae possessionis dem alten Satze Ausdruck, dass nicht nur der gegenwärtige Besitzer besitzt, sondern auch der ehemalige iustus possessor dem iniustus gegen-

[1]) Savigny 176.

über possessionem retinet, ein Satz, der von der Vindicienverteilung im Eigentumsprozess ausgegangen war[1]) und später auf das interd. U. P., dessen ausdrückliche Bestimmung ursprünglich eine Regulierung der Parteirollen im Eigentumsprozess gewesen ist,[2]) wie es früher die Vindicienerteilung richtiger Ansicht nach war, übertragen wurde. Dass ihn die Römer durch die Theorie der possessio plurium in solidum rechtfertigen wollten, war erklärlich, doch war dies ein reiner Gelehrtenstreit ohne praktische Bedeutung. Es ist bekannt, dass die Normierung von Principien nicht gerade die Tugend der römischen Juristen ist; das war niemandem besser als ihnen selbst bewusst: omnis definitio in iure civili periculosa est. Welcher Erklärung der rekuperatorischen Funktion man sich auch anschliessen mag, es steht fest, dass der fehlerhaft verlorene Besitz wie fortdauernd behandelt wurde. Daraus folgt, dass sowohl der Kläger als auch der Beklagte die Restitution des Besitzes

[1]) Wir fassen also die Erteilung der vindiciae in der legis actio sacramenti in rem, also in einem Eigentumsprozesse als Regulierung der Parteirollen auf, wenn wir auch hiermit auf starken Widerspruch stossen. Jedoch die von den Gegnern vielfach angeführte Stelle Gaius IV, 16, welche beweisen soll, die Zuteilung der vindiciae habe ganz im willkürlichen Ermessen des Prätors gelegen, spricht nicht dagegen, die gegnerische Anschauung wird vielmehr durch Gaius IV, 94 widerlegt.

[2]) Ueber die ursprüngliche Funktion des interd. U. P. und den Grund seiner Einführung giebt es viele Theorien. Da hier nicht der Platz ist, auf eine Aufzählung und Beurteilung derselben einzugehen, gilt es nur Stellung zu nehmen. Ich schliesse mich mit Windscheid u. a. der an, dass die ausdrückliche Bestimmung des interdictum uti possidetis eine Regulierung der Parteirollen im Eigentumsprozess gewesen ist, wie es früher die Vindicienerteilung war; es erhielten die bisher für Vindicienerteilung geltenden Grundsätze eine neue und selbstständige Formulierung.

verlangen können, also das Interdikt auf diese Weise geradezu zur Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes benutzt werden kann. Denn bei Befolgung dieses Satzes kehrt sich das thatsächliche Verhältnis der Parteien in der rechtlichen Auffassung und Behandlung um. Der Besitzer erscheint als Nichtbesitzer, seine Besitzhandlungen daher nur als Störungen des Besitzes des Gegners; der Nichtbesitzer erscheint als Besitzer, seine Störungen des Besitzes des Gegners nur als Ausübungen eigenen Besitzes, die Restitution des Besitzes vom Besitzer an den Nichtsbesitzer daher nur als ein Ablassen des ersteren von Störungen des letzteren. Somit geht das Interdikt durch die Verurteilung des Besitzers zur Restitution rechtlich nicht über den Standpunkt eines interd. ret. poss. hinaus. Die Duplicität des Interdikts verbietet es, dabei irgend einen Unterschied zwischen Kläger und Beklagten zu machen, wie Savigny, der die Möglichkeit einer Wiedererlangung des verlorenen Besitzes nur für den mit dem Interdikt Beklagten zugeben wollte. Wenn übrigens unser Interdikt nie neben den anderen rekuperatorischen unde vi und de precario genannt wird, eine Thatsache, in der die Gegner einen Beweis gegen die rekuperatorische Wirkung sehen, so kommt es daher, dass diese Funktion neben den anderen Interdikten immer mehr veraltete; wir gehen allerdings mit Vangerow dann von der Hypothese aus, dass das interd. U. P. das ältere sei, und die beiden anderen Interdikte „gewissermassen aus einer Rippe des interd. U. P. geschaffen worden seien“, eine Annahme, zu der uns manche Umstände berechtigen. Die rekuperatorische Funktion kam hier also thatsächlich ausser Gebrauch, obgleich sie zu Recht fortbestand. Einzig und allein gegen den heimlich in fremden Besitz Eingedrungenen

bleibt das interd. U. P .auch fernerhin das einzige Rechtsmittel, sofern wir nicht annehmen wollen, dass ein interdictum de clandestina possessione bestanden hat. Wie aber schon zur klassischen Zeit die rekuperatorische Funktion unseres Interdikts eingeschränkt, ja bei dem vi und precario Besitzenden thatsächlich abgestorben war, so ist sie seit dem Untergang des Interdiktenverfahrens mitsamt dem Mechanismus von fructus licitatio vollends verschwunden. Einige Schwierigkeit macht nun der Fall des clam possidens; wenn der bisherige Besitzer nicht mehr das rekuperatorische interd. U. P. gegen den clam possessor hatte, wie sollte er mittels eines possessorischen Rechtsmittels seinen Besitz wieder bekommen! Denn durch Vorschützen der exceptio vitii erlangte der Beklagte nunmehr, welchem der Besitz heimlich entzogen war, und der sich dann einer Besitzstörung gegenüber dem heimlichen Okkupanten schuldig machte, nur seine Freisprechung, nicht mehr Zuweisung des Besitzes. Andererseits kann der Kläger zur Aufrechterhaltung und Durchführung seiner actio immer nur das eigentliche Klagefundament, d. h. seinen Besitz, ausführen, ohne sich, wenn er den Besitzverlust zugeben muss, auf die Vitiosität des gegnerischen Besitzes noch berufen zu können. Hätte also der bisherige Besitzer gegen den heimlichen Okkupanten dies Interdikt anstellen wollen, so wäre er sofort durch den berechtigten Einwand des Beklagten, er habe keinen Besitz, zurückgewiesen worden.

Zur Ausfüllung der hier unzweifelhaft bestehenden Lücke scheint nun ein interdictum de clandestina possessione unentbehrlich und nach Analogie des interd. U. V. und de precario auch sehr wahrscheinlich. Dagegen spricht die jetzt allgemein herrschende Meinung, welche erklärt, dass für unbewegliche Sachen ein interdictum de

clandestina possessione im justinianischen Recht kein Bedürfnis gewesen sei, da durch heimliche Okkupation eines Grundstücks der Besitz nicht verloren wird. Weshalb man aber nun für das neuere Recht diese Singularität aufgestellt hat, statt den regulären Weg des durch den Prätor zu gebenden Interdikts zu gehen, das bleibt freilich unbeantwortet. Wenn das Bedürfnis nach Rechtsschutz den erwähnten Rechtssatz hat schaffen lassen, weshalb ging man nicht geradewegs auf das Ziel los, um einen Rechtsschutz gegen heimliche Besitzentziehung zu erlangen? Warum nahm man seine Zuflucht zu einer der Rechtskonsequenz so wenig entsprechenden Bildung? Thatsache ist jedenfalls, dass eins das andere ausschliesst; und da der Rechtssatz im neuesten Recht allgemeine Geltung erlangt hat, so ist für das justinianische Recht ein interdictum de clandestina possessione schlechterdings unmöglich. Jedoch auch im älteren Recht scheint es mir aus folgenden Gründen nicht bestanden zu haben.

Für die Existenz dieses Interdikts werden zwei Zeugnisse angeführt, einmal die l. 7 § 5 D. 10, 3, an deren Ende es heisst.

„nam de clandestina possessione competere interdictum inquit“,

und eine Stelle aus Cicero in Rull. de lege agraria 3, 3, 11. In der ersten Stelle führt Julian den Gedanken aus, dass eine Teilungsklage Gleichheit der Rechtsverhältnisse auf beiden Seiten zur Voraussetzung habe; wenn einer den andern gewaltsam vertrieben hat, so kann er nachher nicht mit ihm teilen wollen, denn der andere ist ja in der Lage, die ganze Sache mit dem interd. U. V. zurückzufordern; ebenso steht die Sache, wenn ein Prekarist mit demjenigen teilen wollte, dem gegenüber sein Besitz ein prekärer war. Dann wird nun

dasselbe vom heimlichen Besitz behauptet. Stilistische Gründe lassen jedoch diese Stelle der Interpolation dringend verdächtig erscheinen, ein genügender Grund, ein interdictum de clandestina possessione nicht aus dieser lex abzuleiten, selbst wenn man nicht mit Baron annehmen will, dass hier das interd. U. P. gemeint sei. Sodann der Umstand, dass nur diese lex im ganzen corpus iuris ein solches Interdikt erwähnt, wirkt befremdend. Es konnte doch nicht auf der subjektiven Meinung eines einzelnen Rechtsgelehrten, des Julian, beruhen. Ein solches Interdikt hätte doch öffentlich auf dem Markte angeschlagen sein müssen! Der Stelle Ciceros legen wir kein Gewicht bei, da sie so allgemein gehalten ist, dass sich nichts Bestimmtes aus ihr entnehmen lässt. Ich komme zu dem Schlusse: soweit man die rekupe atorische Funktion des interd. U. P. anerkennt, lag auch in frühester Zeit kein Bedürfnis nach einem Rechtsschutze vor für denjenigen, dem der Besitz an Immobilien heimlich entzogen war. Natürlich könnte diesem Umstande nicht eine derartige Bedeutung beigemessen werden, dass man trotz zahlreicher Quellenstellen die Existenz eines solchen Interdikts leugnen würde. Weshalb sollten nicht mehrere Besitzschutzmittel gegen die heimliche Besitzentziehung nebeneinander bestanden haben? Aber der Umstand, dass die erwähnte lex einer Interpolation dringend verdächtig ist, in Verbindung mit der Thatsache, dass ein Bedürfnis nach einem solchen Interdikte nicht vorlag, ist m. E. nicht geeignet, von dem Dasein eines interdictum de clandestina possessione in der frühesten Zeit überzeugen zu können.

Nach älterem Recht waren die Grundsätze für die clandestina possessio folgende: der Okkupant hatte die

corporalis possessio, den animus domini, war also wirklicher Besitzer, wenn auch vitiosus possessor. Hieraus folgt, der Okkupant (clandestinus possessor) darf von dritten nicht gestört werden, da hier l. 52 D 41, 2 gilt:

> adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet,

sonst hat er bei Störungen das interd. U. P., bei gewaltthätigen Entziehungen interd. U. V.; gegen den bisherigen Besitzer hat er bei Störungen das interd. U. P. nicht wegen exceptio quod clam; bei Vertreibungen unterschied das alte Recht zwischen vis armata (hier war die exceptio vitii ausgeschlossen; vis armata war also an und für sich nicht erlaubt; hier galt nicht der Satz, der Okkupant wird impune deicitur) und vis quotidiana (hier war die exceptio vitii nicht ausgeschlossen; man durfte also den Eindringling mit Gewalt hinauswerfen). Der bisherige Besitzer hatte das interd. U. P. in seiner rekuperatorischen Funktion und das Recht, mit vis quotidiana den Okkupanten zu vertreiben, also das Recht der Selbsthülfe. Das interd. U. V. hatte er jedenfalls nicht; denn da der alte Besitz folgerichtig schon mit der Okkupation aufhörte, konnte die spätere Verhinderung der Rückkehr nicht als Dejektion aufgefasst werden. Als nun die rekuperatorische Funktion des interd. U. P. wegfiel, entstand hier eine Lücke, wo der Abwesende kein Interdikt hatte. Diese Lücke füllte die Jurisprudenz durch Aufstellen des Satzes aus, dass der Besitz eines Grundstücks durch heimliche Okkupation nicht verloren gehe; denn so schien die heimliche Okkupation nur als Besitzstörung, und dem abwesenden Besitzer standen die Besitzstörungsklagen zu.

Als Resultat der bisherigen Ausführungen möchte sich ergeben, dass die Veranlassung, welche die Juristen

diesen anomalen Rechtssatz aufstellen liess auf der Thatsache beruhte, dass es dem römischen Rechte an einem Interdikte fehlte, mit dem sich heimlich erworbener Besitz wiedererlangen liess. Die Entstehung desselben können wir uns vielleicht so erklären. Die Römer werden wohl bei seiner ersten Bildung von ganz einfachen Fällen ausgegangen sein, zuerst von der partiellen Okkupation (cf. Celsus in l. 18 § 3, 4 D. 41, 2); man behält den vollen Besitz bei Okkupation, wenn man den Eindringling leicht vertreiben könnte, jedoch nicht, wenn er gleich mit überwältigender Macht kommt. So könnte man den Satz noch als wirkliche Konsequenz des Besitzbegriffes ansehen, wenn er auch praktisch kaum durchführbar ist; denn die Eigenschaft des „leicht vertreiben können" kann natürlich erst aus dem Erfolge beurteilt werden. Bei der totalen Okkupation eines Grundstücks wird die Sache schon schwieriger. Die Römer sind von einfachen Fällen ausgegangen, verallgemeinerten das darin hervortretende, natürliche Prinzip und machten so einen Satz, der in dieser Allgemeinheit eine Singularität bildet, „Videtur utilius esse" sagt Pomponius in der l. 25 § 2 D. 41, 2; worin das Nützliche lag, das haben wir oben zur Genüge ausgeführt.

Die formelle Handhabe zur Einführung dieser Singularität bildete die Regel:

„prout quidque contractum est, ita et solvi debet",

zu der man seine Zuflucht nahm; man behauptete, der Besitz könne, da er bei Grundstücken aus praktischen Gründen bei vorübergehender Abwesenheit des Besitzers solo animo retiniert werde, nur solo animo verloren gehen. Wenn nun auch dieser Lieblingssatz der römischen Juristen in solcher Allgemeinheit falsch ist, es lässt sich nicht bestreiten, dass die Jurisprudenz un-

seren, durch das praktische Bedürfnis hervorgerufenen Satz wohl oder übel auf diese Rechtskonsequenz zurückgeführt hat. So hat u. a. Pomponius unsere Rechtsregel durch das beliebte Theorem von der Gleichheit des Entstehungs- und Auflösungsgrundes der Rechtsverhältnisse zu erklären gesucht.

Diese Singularität besteht also in dem Satze, dass der Besitz bei einer heimlichen Okkupation dem bisherigen Besitzer erhalten bleiben soll, bis er von der Okkupation erfährt; man nahm an, dass er dann Anstalten treffen werde, seinen Besitz zu erhalten, soweit ihm etwas daran gelegen wäre, widrigenfalls er auch keines rekuperatorischen Schutzes bedurfte. In welcher Weise sich dieser Rechtssatz näher ausgestaltet, ist im Folgenden zu betrachten. Von dem Standpunkte aus, den wir einnehmen, demzufolge in dieser Rechtsgestaltung eine Ausnahmevorschrift zu erblicken ist, wird die Beantwortung aller hier aufstossender Fragen in befriedigender Weise zum Teil recht schwierig erscheinen, da man eben kein Princip hat, aus dem man die Konsequenzen entwickeln könnte. Immer muss man sich jedoch das vergegenwärtigen, dass das praktische Bedürfnis die Bildung eines solchen Rechtssatzes veranlasst hat; in allen Zweifelsfragen wird man wohl dann auch das praktische Bedürfnis entscheiden lassen müssen.

An erster Stelle muss ausgeführt werden — hierauf gründet sich ja unsere ganze bisherige Argumentation —, in wieweit ein Rechtsschutz durch die Annahme einer Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntnisnahme der Okkupation gewährt wird. Bevor wir zu den Rechtsmitteln übergehen, behandeln wir kurz den Ausgangspunkt alles Interdiktenschutzes, die Selbsthülfe.

Der gewesene Besitzer hatte ursprünglich, als der Satz von der Besitzfortdauer noch nicht allgemeine Geltung hatte, volles Vertreibungsrecht jedem gegenüber, dessen Besitzausübung, mit der seinigen verglichen, sich als eine fehlerhafte darstellte. Der gegenwärtige Besitzer konnte sich jedem Angriffe gegenüber verteidigen. In der Kaiserzeit suchte man der Selbsthülfe in jeder Beziehung Schranken zu setzen, so dass im justinianischen Recht das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers beseitigt ist, bei Bestand geblieben dagegen das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers. Wenn nun die Quellen den Zurückkehrenden als Besitzer behandeln, so müssen ihm auch die Befugnisse des Besitzers zugestanden werden; er hat also auch das Vertreibungsrecht. Und wer dem Zurückkehrenden eine solche Befugnis abspricht, der giebt damit den Besitzesbegriff gerade in einem Augenblicke preis, wo er anfangen sollte, sich praktisch zu bewähren. Bruns hat das Vertreibungsrecht des Zurückkehrenden in Abrede gestellt. Zunächst sagt er sehr richtig, dass bei der Notwehr jede Gewalt, die zur Wehr nötig, erlaubt sei; ich darf den Angreifer, wenn ich mich nicht anders retten kann, niederstossen, erschiessen u. s. w. Diese Befugnis soll aber nach Bruns der Besitzer nur dann haben, wenn er thatsächlich Inhaber der Sache ist; anders soll es sich verhalten, wenn ihm thatsächlich ein Okkupant gegenüber steht. Vorab ist seine Behauptung zurückzuweisen, dass das Vertreibungsrecht „merkwürdiger Weise“ eine Erfindung Savignys sei. Dass dasselbe auch schon von älteren Juristen angenommen worden ist, und zwar seit der Glossatorenzeit bis unmittelbar vor Savigny, dürfte Meischeider bewiesen haben. Unzweideutig wird in den Quellen von diesem Recht frei-

lich nur in einer Stelle l. 18 § 3 D. 41,2 gesprochen.[1]) Die Annahme einer Besitzfortdauer fordert offenbar notwendig dies Recht nach römischen Begriffen. Ausserdem scheint die Unterscheidung, welche Bruns vornimmt, indem er dem Besitzer die einfache Wiederergreifung der Detention, wenn dieselbe möglich ist, z. B. heimlich, und sogar Gewaltanwendung gegen die Sache gestattet, dagegen Gewaltmassregeln gegen die Person des Okkupanten verbietet, sehr willkürlich zu sein. Stellt man sich auf den Standpunkt, den er eingenommen wissen will, dass, da thatsächlich doch der Okkupant die Sachen in Händen hat, man ihn also erst aus dem thatsächlichen Besitze vertreiben müsse, in Wirklichkeit es sich nicht um Notwehr, sondern um einen Angriff handele, so würde hieraus konsequent zu folgern sein, dass Gewalt auch gegen die Sache unzulässig wäre, insofern man auch Gewalt gegen die Sache, die ein anderer in seinem Besitz hat, als einen Angriff gegen den Besitzer ansehen kann. Wenn er dann weiter sagt, dass bei Anwendung von Gewaltmassregeln gegen die Person des Okkupanten die öffentliche Ruhe und Ordnung mit ins Spiel kämen und dieselben gefährdet werden könnten, so kann man ihm darauf nur erwidern, dass diese Anschauung in unserem, von polizeilicher Fürsorge überwachten Rechtsleben sehr geläufig ist, nicht aber ein

[1]) Bruns meint allerdings, dass die Stelle von einem Falle spreche, wo die Okkupation noch nicht vollendet ist; aber doch eben nur die Okkupation des ganzen Grundstücks ist noch nicht vollendet. Die Okkupation desjenigen Teils, in welchen der Invadent eingezogen ist, muss doch für bewirkt gelten. Wenn nun in Bezug auf diesen der Besitzer auf die Möglichkeit des „expellere“ vertröstet ist, so kann dies doch nicht anders als eine Anerkennung des Vertreibungsrechtes gegen den heimlichen Okkupanten aufgefasst werden.

Argument bilden kann, das uns bei der Erkenntnis des römischen Rechts irgendwie beeinflussen darf. Wie weit der Besitzer in seinen Gewaltmassregeln gehen darf, darüber herrscht in der Litteratur fast vollständiges Stillschweigen. Nur Baron sagt ausdrücklich, der Besitzer dürfe vis armata anwenden, da er nicht zu fürchten brauche, dass der Eindringling gegen ihn das interd. de vi armata anstelle und daraus siegreich hervorgehe. Bruns bestreitet dies; auf eine Würdigung seiner Argumente brauche ich wohl nicht einzugehen, da im neueren Rechte der Unterschied von vis armata und vis quotidiana aufgehoben ist. Da wir in dem Vertreibungsrechte eine Notwehr sehen, so ist jedenfalls nach römischem Recht alles erlaubt, was Bruns von dem Notwehrstandpunkte aus zulässt. Es handelt sich hier eben um wirkliche Besitzverteidigung, bei welcher das zulässige Mass der Gewalt nur nach der Stärke der gegnerischen Machtmittel sich richtet und schlechthin den Gegner zu überwinden, als erlaubtes Ziel verfolgt werden darf. Aeusserlich liegt hier eine Dejektion vor, jedoch diese Dejektion ist nicht Angriff auf gegnerischen Besitz, sondern nur Verteidigung. In wieweit heute die Polizei hier einschreiten würde, das ist natürlich eine andere Frage. Die Polizei pflegt sich um privatrechtliche Titel überhaupt nicht sonderlich zu kümmern. Sie greift da ein, wo ihr die öffentliche Ruhe und Sicherheit bedroht erscheint; diese Schranke muss demnach jede Selbsthülfe innehalten. Der Hauptfehler der Bruns'schen Ausführungen besteht darin, dass die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden als eine rechtliche Fiktion aufgefasst wird, und dass es sich nach Bruns daher bei der Vertreibung des Okkupanten nicht sowohl um Notwehr, als vielmehr um einen an sich unerlaubten Angriff, der aus-

nahmsweise vom Gesetz erlaubt wäre, handelt. Er sagt: „Dann erscheint die Fortdauer des Besitzes nur als eine vom Gesetze gegen den wirklichen Sachverhalt aufgestellte Annahme.“ Das ist zu viel gesagt; es ist nur der Satz aufgestellt, dass das heimliche Betreten eines Grundstücks, wenn es auch in der Absicht geschah, Besitz zu erwerben, zum Besitzerwerbe nicht ausreichen soll. Das ist zwar eine Ausnahme von der Regel, jedoch keine Fiktion. Uebt der Besitzer nicht selbst den Besitz aus, um auch dies noch zu erwähnen, sondern ein Vertreter, so steht auch diesem das Vertreibungsrecht zu; vertreibt er den Okkupanten, so bleibt das alte Stellvertretungsverhältnis bestehen.

Was die Rechtsmittel anbetrifft, welche dem abwesenden Besitzer gegen den Okkupanten zustehen, so möchte ich hier das interd. U. P. an erster Stelle erwähnen. Gegen die Annahme, dass die rekuperatorische Function des Interdikts hier Anwendung finden würde, habe ich mich an anderer Stelle ausdrücklich verwahrt. Jedoch wird man die Zuständigkeit dieses Rechtsbehelfs nicht in Abrede stellen können, selbst wenn man seine rekuperatorische Wirkung leugnet. Es hat nach dem Principe der Fortdauer des alten Besitzes bis zur Kenntnis der Okkupation der Okkupant dem alten Besitzer gegenüber noch gar keinen Besitz, sondern nur Detention. Hat nun der Besitzer von der heimlichen Okkupation Kenntnis erlangt, so hindert ihn nichts, statt den Vertreibungsversuch zu unternehmen, durch welchen er seinen Besitz behauptet, den Klageweg zu beschreiten und das interd. U. P. gegen den Okkupanten anzustellen; die Voraussetzung der Klage, gegenwärtiger Besitz, ist auf Seiten des Klägers vorhanden, und die Okkupation wird als eine Besitzstörungshandlung angesehen.

Wie aber von dem Vertreibungsrechte sofort nach Kenntnis der Okkupation Gebrauch gemacht werden muss, da unbegründetes Zögern Verlust desselben herbeiführt, so muss der abwesende Besitzer auch ex continenti das interd. U. P. anstellen. Wie lange eine Handlung als ex continenti vorgenommen gelten könne, muss im einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen bleiben. Der Besitzer darf nur nicht in Beschreitung des Klageweges derartig nachlässig sein, dass aus seinem Verhalten auf ein freiwilliges Aufgeben des Besitzes zu schliessen wäre. Die Ansicht Fittings, der den Besitzer auf Grund der l. 1 pr. D. 43, 17 die Frist von einem Jahre für das Anstellen des Interdikts giebt, ist m. E. falsch. Bruns bemerkt an anderer Stelle[1]), dass der abwesende Besitzer, welcher, ohne einen Vertreibungsversuch zu machen, aus Furcht den Klageweg beschreite, es über sich ergehen lassen müsse, dass man annehme, er habe den Besitz aufgegeben, und daher nicht klagen könne. Dem ist zu erwidern, dass das Unterlassen eines Vertreibungsversuches nur insofern bedeutungsvoll ist, als aus ihm auf die Absicht, den Besitz aufzugeben, geschlossen werden kann. Wenn der Besitzer, anstatt sich selbst zu helfen, die Hülfe des Gerichts anruft, so folgt daraus nichts destoweniger, dass er seinen Besitz behalten will. — In derselben Weise würde nach heutigem Rechte dem Besitzer das possessorium ordinarium und summariissimum zustehen, die Klagen des augenblicklichen Besitzers, eine Ansicht, welche seit Savigny, der die Bildung der gemeinrechtlichen Praxis der vorigen Jahrhunderte, eine Klage aus älterem Besitz, also mit petitorischem Charakter, mit Erfolg bekämpfte, wieder allgemein zur Geltung gekommen ist.

[1]) Jahrb. f. gem. R. IV. S. 48.

Bezüglich der Frage, ob das interd. U. V. dem abwesenden Besitzer gegen den heimlichen Okkupanten zusteht, herrscht grosse Meinungsverschiedenheit. Da die Okkupation den Besitz nicht aufhebt, sondern derselbe bis zur Kenntnis und Zurückweisung fortdauert, so kann auch erst dann — wenigstens bis zur justinianischen Gesetzgebung — das interd. U. V. begründet werden. Denn das heimliche Besetzen von Grundstücken an und für sich reichte jedenfalls nach klassischem römischen Recht zum interd. U. V. nicht aus. Ob später dieser Dejectionsstandpunkt wenigstens in Einzelheiten aufgegeben worden ist, und ob ein rekuperatorisches Interdikt auch ohne Dejektion und vis atrox zugelassen wurde, das ist ein sehr schwer zu entscheidender Kontroverspunkt. Ein rekuperatorisches Interdikt scheint bei dem Grundsatze, dass der Besitz mit der Okkupation noch nicht aufhöre, sehr wenig am Platze, ja mit diesem Satze unvereinbar. Denn wer den Vorzug geniesst, seinen Besitz trotz der Okkupation bis zu seiner Kenntnis als fortdauernd anzusehen, der kann nicht zu gleicher Zeit als durch die Okkupation dejiciert angesehen werden, und ebenso wenig kann seine Kenntnis als Dejection gelten. Dass man allein aus der Okkupation diese Klage giebt, das widerspricht nach Bruns der juristischen Logik. Das scheint schlagend! Trotzdem müssen wir auf Grund der c. 11. C. 8, 4 behaupten, dass, auch bevor der Besitzer den Vertreibungsversuch unternommen, bevor er also als vi deiectus im Sinne der klassischen Jurisprudenz zu betrachten ist, das interd. U. V. für den Besitzer begründet ist. Die Stelle lautet:

„Cum quaerebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem

absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec Unde vi interdictum nec Quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes, nos . . . . . sancimus, talem possessorem uti praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus".

Dass hiermit das interd. U. V. gemeint sei, wird nicht bestritten, auch von Savigny nicht. Savigny vertritt aber die Ansicht, das Gesetz sei für den Fall bestimmt, in welchem der Besitzer durch eine längere Abwesenheit und Vernachlässigung seines Besitzes, wie sie in der l. 37 § 1 D. 41, 3 vorausgesetzt werde, seinen Besitz verloren und ein anderer die possessio vacans okkupiert habe. Auf diesen Fall, für den keine der bisherigen possessorischen Klagen, ja keine Klage überhaupt ausser der rei vindicatio gegolten habe, wolle Justinian das interd. U. V. angewandt wissen. Auch Windscheid will hauptsächlich die Worte „vacua possessio" betont wissen und versteht die Stelle von einem Thatbestande, bei welchem das Grundstück bei der Okkupation durch den Dritten bereits besitzlos ist. Gegen Savigny macht Ihering geltend, dass dessen Meinung dem Kaiser Justinian die Ungeheuerlichkeit aufbürde, für einen vom Besitzer aufgegebenen Besitz einen Besitzesschutz geschaffen zu haben, und dass jene Ansicht auch mit den Worten:

> „violentia in ablatam possessionem minime praecedente"

nicht zu vereinigen sei. Der Begriff der vacua possessio

kann allerdings, wie dies z. B. in der l. 4 § 22 D. 41,3 der Fall ist, den Zustand der Besitzlosigkeit bedeuten; er kann aber auch die Bedeutung blosser Besitzleerheit haben. Diese Bedeutung hat er m. E. in der c. 11 cit., wie der Zusatz absentium hinreichend zeigt. Man muss desshalb mit Ihering unter possessio vacans einen fortdauernden Besitz verstehen, der jedoch vom Besitzer weder unmittelbar noch durch einen Stellvertreter ausgeübt wird. Das Gesetz soll sowohl den Fall, welcher vorliegt, wenn der Besitzer sich vom Grundstücke entfernt hat, ohne einen Vertreter zurückzulassen, als auch den Fall, wenn der Besitzvertreter selbst sich entfernt hat, treffen. Bruns versteht jedoch die vacua possessio absentium nur von dem Falle, dass der Besitzer einen Vertreter bestellt, und dieser sich unbefugterweise entfernt hat; er kommt zu dieser Beschränkung durch die Auffassung — sie ist an anderer Stelle zu beurteilen —, dass in diesem Falle durch Okkupation des Grundstücks seitens eines Dritten der Besitz des Abwesenden verloren geht. Da ich nun — um dieses schon vorauszuschicken — diese Ansicht nicht teile, so ist die von Bruns gewollte Beschränkung in der Interpretation der c. 11 zu verwerfen. Gegen diese Bruns'sche Auslegung erklärt sich auch Windscheid, welcher die Worte: violentia in ablatam possessionem minime praecedente dahin interpretiert, dass die Negation der violentia sich nicht auf die Okkupation, sondern auf den früher eingetretenen Besitzverlust beziehe. Er lässt mit uns in dem von Bruns spezialisierten Falle gar nicht den Besitz verloren gehen und bezeichnet es deshalb als sehr fraglich, ob in diesem Falle eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes am Platze wäre, ein Argument, welches ihm bestimmt, vacua possessio nicht von einem

besitzleeren, sondern von einem besitzlosen Grundstücke zu verstehen. Es fragt sich nun, welche Rechtsmittel dem Besitzer zustehen, um die ihm entzogene Gewalt über das Gründstück zurückzuerlangen.

Das Gesetz führt sich als solches ein, welches für einen Fall Bestimmung trifft, in welchem das bisherige Recht keine possessorischen Rechtsmittel, sondern nur eine petitorische Klage gegeben hat. Nun haben wir aber oben ausgeführt, dass der bisherige Besitzer das interd. U. P. in seiner ursprünglichen Function als Besitzstörungsklage hat, und dies würde doch den Worten Justinians, der die Zulässigkeit von actiones ad recipiendam possessionem verneint, widersprechen. Man muss wohl, eine Erklärung darin suchen, dass die meisten Besitzschutzmittel, unter ihnen besonders interd. U. P., dem praktischen Bedürfnisse nicht mehr ganz entsprachen. Diesem genügte vielmehr im wesentlichen nur das interd. U. V., da es z. B. von vornherein auf Schadensersatz im Umfange des ganzen Interesses ging, da es sich nicht nur gegen den Dejicienten selbst, sondern auch gegen den richtete, der die Entsetzung angeordnet oder hinterher genehmigt hatte. Wenn man nun dieses wirksame Interdikt bis jetzt dem abwesenden Besitzer erst dann gegeben hatte, nachdem ihm ein Beseitigungsversuch misslungen, oder, wie eine andere Ansicht behauptet, seine Aufforderung zur Räumung vergebens gewesen war, und er so als vi deiectus den Besitz verloren hatte, was lag näher, als den Besitzer der mit einem Vertreibungsversuche verbundenen Gefahr, bezw. der Mühe, eine Aufforderung zum Räumen ergehen zu lassen, zu entheben und ihm schon allein auf Grund der Thatsache der heimlichen Okkupation das interd. U. V. zu geben, zumal bei einem Thatbestande, der dem der Dejection

sehr ähnlich war, insofern es bereits zu einer Okkupation des Grundstücks durch einen Fremden gekommen war! Kniep's Meinung, dass Justinian zum Zwecke der Wiedererlangung heimlich entzogener Detention ein neues Rechtsmittel geschaffen habe, scheint mir unwahrscheinlich; Justinians Worte in der Konstitution widersprechen offenbar dieser Auffassung; denn er sagt, dass er das interd. U. V. verallgemeinern wolle (generali iurisdictione), was eben ein Ausdehnen der Grenzen jenes Rechtsbehelfs bedeutet. Mit Ihering, Brinz, Randa bin ich der Ansicht, dass „in der c. 11 cit. ein zwar unausgeübter, aber zur Zeit noch fortdauernder Besitz supponiert und bloss das Erfordernis der vis restringiert, sohin das interd. U. V. ohne Aufforderung gegeben wurde". [1]) Dieser Konstitution übrigens die Wirkung zuschreiben zu wollen, dass sie den Satz von der Fortdauer des Besitzes bei einer heimlichen Okkupation von Immobilien aufgehoben, vielmehr hier einen Verlust des Besitzes angenommen habe, halte ich für falsch. So weit reicht dieses Gesetz nicht. Unternahm der Besitzer keinen Vertreibungsversuch, so konnte er jetzt auch neben dem interd. U. P. das U. V. anstellen welches, wie gezeigt, manche Vorteile bot. Hatte er Erfolg mit der Klage, so galt sein Besitz als gar nicht verloren. Das interd. U. V., welches früher allerdings als rekuperatorisches Rechtsmittel im allgemeinen nach Corpore-Verlust des Besitzes durch vi deiectio gegeben wurde, setzte in der c. 11 cit. nicht einen Verlust des Besitzes voraus; es wurde vielmehr dies interdictum recuperandae possessionis bereits bei Auflösung des körperlichen Verhältnisses des Besitzers zur Sache gegeben Zurückweisung und Verzicht blieben Besitzverlustgründe auch in dem im Gesetz gedachten Falle.

[1]) 1. Randa S. 511.

Wir bemerkten oben, dass in dem Begriffe „heimlich“ nicht notwendig mala fides enthalten zu sein brauche, und hatten weiter behauptet, dass dies jedoch für die Bearbeitung unseres Themas gleichgültig wäre, da der Satz von der Unwirksamkeit der heimlichen Okkupation auch dem gutgläubigen Okkupanten gegenüber gelte. Es muss dies besonders gegen Witte erklärt werden, der sagt, dass nur, wenn der Okkupant in mala fide sich befinde, der Abwesende als Besitzer gelte, und diese Behauptung stützt er teils auf Quellenzeugnisse (l. 6 pr. D. 31,2; l. 37 § 1, l. 38 D. 41,3), teils auf das Bedürfnis eines geordneten Gemeinwesens, welches nicht gestatte, „dass ein viele Jahre lang Abwesender berechtigt sein solle, nach seiner Rückkehr gewaltsam jemanden von Haus und Hof zu vertreiben, der in gutem Glauben sein Besitztum erworben hat“. Wir werden uns gegen Witte entscheiden müssen, indem wir das ausschlaggebende Moment nicht auf Seiten des Okkupanten, nämlich in den dolus desselben legen, sondern auf Seiten des abwesenden Besitzers in der Thatsache finden zu müssen glauben, dass dieser Satz dazu dient, dem abwesenden Besitzer den fehlenden Interdiktenschutz zu ersetzen, und dass es von diesem Standpunkte aus gleichgültig ist, ob der Okkupant bona oder mala fide ist. Auch scheinen mir die Quellen, diesen Rechtssatz auf die bona fide heimliche Okkupation auszudehnen. Es ist allerdings nicht zu bezweifeln, dass der Ausgang desselben sicherlich nur von der dolosen, heimlichen Okkupation herzuleiten ist. Z. B. finden wir ihn bei Ulpian in der l. 6 § 1 D. 41,2. Die Wahl des Falles zeigt, dass hier nur an dolose Okkupation gedacht ist; ausserdem erklärt das principium der Stelle den hier gebrauchten Ausdruck „clam possidere“ in diesem Sinne, indem es

zuerst von furtive ingredi u. s. w. spricht und dann den Begriff von clam allgemeiner auf den Begriff der mala fides reduziert. In ähnlicher Weise ist nur an dolose Okkupation gedacht in der l. 3 § 7, 8 D. 41,2; l. 18 § 4 eod.; l. 1. § 24 D. 43, 16. Für Ausdehnung aber der Grundsätze der clandestina possessio auf die in bona fide erfolgende heimliche Okkupation spricht m. E. die l. 25. § 2 D. 41,2, in der Pomponius den genannten Grundsatz generell ausspricht, und Papinian in l. 44, 46 eod. Beide Stellen gebrauchen ganz objektiv den Ausdruck „ingressus in possessionem", ohne auch nur mit einem Worte, z. B. durch den Zusatz, clam, mala fides erforderlich erscheinen zu lassen. Man kann natürlich nicht die Behauptung aufstellen, dass hier an den Fall der bona fides speziell gedacht ist; jedoch scheint mir der Grundsatz so allgemein aufgestellt zu sein, dass der Fall der bona fides mit darunter fällt. Denn die Frage ist so gestellt, welche possessio potior sei, die corporalis des Ingredienten oder das animo possidere des bisherigen Besitzers. Für die Entscheidung, dass der annimo possidens bis zur Kenntnis der Okkupation oder bis zum repellere über den corporaliter possidens siegen solle, scheint weniger die bona oder mala fides des Ingredienten begründend gewesen zu sein, als die günstige Behandlung des bestehenden Besitzes.

Im Zusammenhang mit der eben berührten Frage steht die, ob dieser Satz auch gegenüber denen gilt, an die der Besitz vom Okkupanten, bevor der Besitzer die Okkupation erfahren, gekommen ist, sei es mit oder ohne Succession, bona oder mala fide. Hat der Besitzer nämlich einmal die Okkupation erfahren und den Besitz dann auf irgend eine Art und Weise verloren, so kann er natürlich nichts mehr gegen den späteren Besitzer machen,

weil dieser ja den Besitz nicht von ihm, sondern von dem Okkupanten erhalten hat. Für den Fall jedoch, dass Dritte die Detention erlangen, bevor der Besitzer Kenntnis von der Okkupation bekommen hat, müssen dieselben Grundsätze gelten, wie sonst bei der heimlichen Okkupation; denn diese sind für den abwesenden Besitzer ebenso gut heimliche Okkupanten, wie der erste und zwar ohne Unterschied, ob sie bona oder mala fide in den Besitz kommen. Es ist dies eine Konsequenz, welche, wenn sie auch die Römer nicht direkt ausgesprochen haben, doch unabweisbar ist, und implicite liegt sie in mehreren Quellenstellen (l. 25 § 2 D. 41,2; l. 46 eod.). Heimlich ist für den Besitzer jede Okkupation, die ihm geheim bleibt, die zweite und dritte ebenso gut wie die erste. Dass es unter Umständen nicht ganz unbedenklich erscheinen kann, jemanden, der gutgläubig und in der Absicht, Besitzer zu werden, die Detention einer Sache übertragen erhalten hat, dem Vertreibungsrechte des eigentlichen Besitzers auszusetzen, soll mit Witte nicht bestritten werden. Aber andererseits sprechen doch auch die Zweckmässigkeitsrücksichten für die hier vertretene Ansicht. Sehr wohl kann der schlechtgläubige Okkupant, um sich die Früchte seiner unrechtmässigen Handlungsweise zu sichern, das von ihm okkupierte Grundstück an einen Dritten, welcher den wahren Sachverhalt nicht kennt, weiter übertragen. Wollte man nun den Besitzer auf den ersten Okkupanten beschränken, so würde das Besitzrecht des possessor vollständig lahm gelegt sein. Denn die Sache kann er von dem, der sie nicht mehr hat, nicht mehr bekommen. Der Rechtsunsicherheit wäre bei dieser Annahme Thür und Thor geöffnet. Aus practischen Rücksichten müssen wir annehmen, dass der Besitz des Abwesenden auch

dem gutgläubigen Nachfolger des ersten Okkupanten gegenüber fortdauert. Wenn das Vertreibungsrecht, welches wir dem Besitzer beilegen zu müssen glaubten, demjenigen gegenüber, der bona fide das Grundstück vom Okkupanten erhalten hat, eine ungerechtfertigte Härte zu bilden scheint, so müssen wir uns aus den modernen Verhältnissen, in denen die öffentliche Ruhe und Sicherheit allerdings der Polizei sehr am Herzen liegt, in die Zeiten des römischen Rechts zurückversetzen; bekanntlich liess das römische Recht die Selbsthülfe in einem Grade zu, welcher unseren Anschauungen nicht mehr entspricht. Die Bemerkung Barons, dass ein solcher Nachfolger in der heimlichen Okkupation sehr selten bona fide sein würde, da ihm wohl immer bei Nichtkenntnis von dem Besitze des Abwesenden culpa lata, quae dolo aequiparatur, vorzuwerfen sei, scheint mir nicht unrichtig und die Theorie von dem furchtbaren Vertreibungsrechte zu beseitigen. Ebenso steht dem Besitzer gegenüber jedem, der zwischen ihm und die von ihm beherrschte Sache tritt, das interd. U. P. wegen Besitzesstörung zu, gleichgültig, ob dies der Okkupant oder sein Nachfolger oder ein beliebiger Dritter ist, gleichgültig, ob bona oder mala fides vorliegt. Dass — um auch das interd. U. V. zu berühren — die c. 11 C. 8,4 einen Unterschied zwischen dem heimlichen Okkupanten selbst und dessen Besitznachfolger derart gemacht hätte, dass der letztere nicht mit dem interd. U. V. hafte, ist wohl nicht anzunehmen. Jedenfalls scheint mir Barons Ansicht, der einen Unterschied aufstellen zu müssen glaubt, weil das Gesetz des Nachfolgers nicht gedenke, nicht überzeugend. Der Hauptzweck der constitutio war, dem Besitzer einen Rechtsschutz zu geben, und wenn man dies als leitenden Gesichtspunkt ansieht, so muss

es irrelevant sein, ob der heimliche Okkupant selbst oder ein Nachfolger die Sache inne hat und deshalb wegen seines natürlichen Verhältnisses zum Grundstücke mit dem interd. U. V. getroffen wird.

„Retinet possessionem“ heisst es von dem, dessen Grundstück heimlich okkupiert wird. Bezieht sich dieses retinere auch auf den Usukapionsbesitz, so dass der Besitzer, wenn er sofort nach Kenntnis den Okkupanten durch eigene Faust oder durch die Hülfe der Gerichte beseitigt, die Ersitzung trotz einer scheinbaren usurpatio naturalis nicht unterbricht? Baron und Rudorff sind der Ansicht, dass die Quellen die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden keineswegs auf die Usukapion einwirken lassen, dass vielmehr die Usukapion sofort nach erfolgter Okkupation unterbrochen wird; von dem Standpunkte aus, den wir einnehmen, dass das Bedürfnis nach Rechtsschutz diesen Satz geschaffen habe, scheint eine Annahme der Fortdauer des Usukapionsbesitzes entgegen dem thatsächlichen Verhältnis auch nicht notwendig. Baron begründet seine Ansicht damit, dass es keine Quellenstelle gäbe, in welcher die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden mit der Usukapion in Verbindung gebracht würde, sie vielmehr die meisten Stellen in eine Beziehung zum interd. U. V. setzten. Allein das möchte wohl kein Grund sein, da die Besitzlehre in den Pandekten die Grundlage der Usukapion bildet, eine ausdrückliche Verbindung jedes einzelnen Satzes mit der Usukapion daher nicht nötig ist. Es ist deshalb wohl anzunehmen, dass bis zum ausdrücklichen Ausschluss immer auch dort „Ersitzung ist, wo Besitzung ist.“ Man muss vielmehr aus dem Umstande, dass keine Stelle die Fortdauer des Besitzes mit der Usukapion ausdrücklich in Verbindung bringt, schliessen,

dass die possessio in unserem Satze auch den Usukapionsbesitz mit umfasst. Diese Auffassung entspricht allein auch dem praktischen Bedürfnisse; denn der Satz von der Fortdauer des Besitzes würde wesentlich an Zweckmässigkeit einbüssen, wenn man nach Wiedererlangung der Detention den Usukapionsbesitz als unterbrochen ansehen wollte. Das widerspricht so sehr dem praktischen Bedürfnisse, dass einige Juristen behaupten, dieser Satz habe überhaupt nur für die Usukapion praktische Bedeutung. Diese Annahme gewinnt durch die Thatsache an Wahrscheinlichkeit, dass die Hauptstelle über unseren Satz (l. 25 § 2 D. 31,2) aus Pomponius ad Qu. Mucium, liber 23, entnommen ist, und dieser im 23. und 24. Buche jener Schrift gerade die Usukapion behandelt. Dass übrigens ad causam usucapionis Besitz angenommen wird, obwohl nicht die thatsächliche Detention da ist, dafür finden sich auch sonst noch Beispiele, wie die l. 1 § 14 D. 41,2 bei entflohenen Sklaven. Nimmt man nun aber eine Fortdauer des Besitzes auch für die Usukapion an, so muss dies nicht nur für die Fortsetzung der Usukapion in dem Falle gelten, dass es dem Besitzer nach Kenntnisnahme von der Okkupation gelingt, die Gewalt wieder zu erlangen, sondern man muss auch die andere Konsequenz ziehen, dass die Ersitzung vollendet werde, wenn noch, bevor der Besitzer die Okkupation erfährt, die Verjährungsfrist abläuft. Erlangt der Besitzer nach abgelaufener Verjährungsfrist Kenntnis von der Okkupation, und wird der von ihm unternommene Vertreibungsversuch abgeschlagen, oder giebt er den Besitz freiwillig auf, so ist dies ohne Einfluss auf das durch die Usukapion erworbene Recht. Unterlässt er einen Rückkehrversuch, versäumt er es, mit Hülfe der staatlichen Organe sein Detentionsverhältnis wieder herzustellen, so ist er nach

Ablauf der Verjährungsfrist zwar nicht mehr Besitzer, wohl aber Eigentümer der Sache.

Bestritten ist ebenfalls, ob gegen den abwesenden Besitzer mit Erfolg die rei vindicatio angestellt werden kann. Baron glaubt dieses verneinen zu müssen, da er die Ansicht vertritt, dass nur zum Zwecke des Interdiktenschutzes der Besitz des Abwesenden als nicht durch die Okkupation verloren anzusehen sei. Die Vindikation müsste vielmehr gegen den Okkupanten gerichtet werden. Jedoch scheint mir diese Streitfrage wenig auf sich zu haben. Man wird hier nicht umhin können, dem Abwesenden, der sich bei der Ingression beruhigt, seinen Besitz ex tunc d. h. mit der Ingression verlieren zu lassen, so dass die rei vindicatio alsdann nur gegen den Okkupanten stattfindet. Bringt aber der Zurückkehrende den Okkupanten wieder aus dem Grundstücke heraus, so ist es selbstverständlich, dass auch die rei vindicatio gegen den ersteren gegeben ist.

Es heisst dann weiter, — im Falle heimlicher Okkupation eines Grundstücks soll der Besitzverlust erst eintreten, nachdem ein Beseitigungsversuch misslungen ist, oder der Besitzer einen solchen überhaupt unterlassen hat. Wenn wir von dem Principe ausgehen, dass das Bedürfnis nach Rechtsschutz den berufenen Satz kreiert habe, so steht, was den ersten Fall anbetrifft, nichts im Wege, jetzt einen Besitzverlust eintreten zu lassen. Der gegenwärtige Besitzer ist nach Misslingen des Vertreibungsversuches vi dejiciert, hat nach den allgemeinen Regeln über deiectio vi den Besitz corpore verloren, aber auch einen rekuperatorischen Schutz in dem interd. U. V. Dass es im Falle heimlicher Okkupation auch einen Besitzverlust corpore giebt, ist gegen die Ansicht Savignys anzunehmen. Dieser Schriftsteller behauptet nämlich,

dass, wenn der Besitz an Immobilien durch fremde Handlungen verloren werden sollte, dies immer nur durch den animus des Besitzers geschehen könne, dass also corpore an Grundstücken ein Besitzverlust nicht möglich sei. Prüfen wir die Richtigkeit des von Savigny aufgestellten Satzes an der Hand der Quellenzeugnisse speziell hinsichtlich unserer Frage, so ergiebt es sich, dass sämtliche Stellen sich auf den Fall beziehen, wenn der abwesende Besitzer keinen Stellvertreter zurückgelassen hat. Gegen die ganz allgemein aufgestellte Behauptung Savignys lässt sich einwenden, dass man von dem zurückkehrenden Besitzer, den der Okkupant gewaltsam zurückweisst, nicht sagen kann, er gäbe den Besitz animo auf. Daraus müsste folgen, dass auch der anwesende Besitzer, welchen ein anderer dejicierte, nicht animo, sondern corpore den Besitz verlöre. Nehmen wir aber an, dass der abwesende Besitzer einen Vertreter zurückgelassen hat — und auch für diesen Fall muss der Satz Savignys in seiner Allgemeinheit gelten, — so sagt die l. 1 § 22 D. 43,16 ganz klar, dass, wenn der Vertreter dejiciert wird, der Verlust des Besitzes für den Vertretenen sofort eintritt, ohne dass der letztere die Dejektion erfahren zu haben braucht. Der Besitzverlust tritt also auch in diesem Falle nicht animo, sondern corpore ein. Damit wird der obige Satz durchlöchert, da seine Konsequenz dahin führen würde, den Besitz fortdauern zu lassen, bis der Repräsentierte Kenntnis von der Dejektion erhalten hätte und den Versuch, den Besitz wieder zu erlangen, vergebens unternommen oder denselben aus Furcht unterlassen hätte. Streitig ist nun, wann die heimliche Okkupation des Grundstückes zu einer gewaltsamen Dejektion des Besitzers wird, wann also der Besitzverlust corpore eintritt. Ich muss hier vorausschicken,

dass uns diese Frage nur wegen des Momentes des Besitzverlustes interessiert, nicht hinsichtlich des Umstandes wann das interd. U. V. zuständig wird. Dies hat, wie oben gezeigt, der abwesende Besitzer schon vom ersten Augenblick der Okkupation an. Es fragt sich, genügt die blosse Aufforderung zur Räumung und deren Nichtbefolgung zum Besitzverlust corpore, oder verliert man erst den Besitz, wenn man mit „blutigem Kopfe“ abgewiesen wird, nachdem man „seine Haut zu Markte getragen hat.“ Bruns und Windscheid heben hervor, dass der bisherige Besitzer den Besitz schon dann verliere, wenn ihn der Okkupant an der Rückkehr verhindert, oder wenn er seiner an ihn irgendwie gerichteten Aufforderung, das Grundstück zu verlassen, keine Folge leistet. Es dürfte nicht uninteressant sein, eine Begründung dieser Ansicht zu hören, die Bruns Ihering gegenüber sehr hartnäckig verteidigt. Zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen müssen wir den Begriff der vis machen. Bekanntlich fordern die Juristen für das interd. U. V., dessen Zuständigkeit also im allgemeinen Besitzverlust voraussetzt, vis atrox, die sie als Verbrechen ansehen und geradezu mit der Tötung zusammenstellen. Sie setzen diese vis in den bestimmtesten Gegensatz zu dem gleichfalls vis genannten „Handeln gegen Verbot“ des interd. quod. vi aut clam, das mit der Heimlichkeit auf derselben Stufe steht. Auf diese vis scheint die von Bruns vertretene Theorie hinauszukommen; der Okkupant bleibt trotz Aufforderung, zu weichen, im Grundstücke sitzen. Bruns führt zuerst aus, dass schon bei der Dejektion — also zur Begründung des interd. U. V. — Furcht genüge, und stützt sich auf l. 1 § 29. D. 43,16 des Ulpian, in der dieser Jurist eine Ansicht des Labeo dahin referiert, dass die

Flucht aus Furcht vor Gewalt der gewaltsamen Entsetzung gleichstehe, wodurch bewiesen werde, dass der sonst so schroffe Labeo, der an anderer Stelle, l. 9 pr. D. 4,2, den Begriff der deiectio sehr buchstäblich genommen habe, nicht verkenne, dass „blutige Köpfe“ zur Dejektion nicht wesentlich seien. Durch die in derselben lex erwähnte Ansicht des Pomponius habe sich Ulpian nur gegen die Möglichkeit einer Annahme verwahren wollen, wie solcher in l. 3 § 6 D. 43,16 Ausdruck gegeben ist. M. E. leugnet Pomponius in der l. 1 § 29 D. 43,16 einen Besitzverlust durch vi deiectio, da diese ohne corporalis vis nicht stattfinden könne. Die Aeusserungen der späteren Juristen gehen dahin, dass sie bei Fliehen vor furchterregenden Personen von einer vi deiectio dann sprechen, wenn nachträgliche Okkupation des fundus erfolgt; sie fingieren hier eine vi deiectio, um dem Entflohenen das interd. U. V. einräumen zu können. In keiner Stelle wird aber geleugnet, dass hier ein Besitzverlust animo (und nicht corpore) vorläge und zwar mit dem Fliehen. Wenn aber der Besitz einmal animo aufgegeben ist, so ist im allgemeinen kein possessorisches Rechtsmittel mehr zulässig. Es kann also aus diesen Stellen kein Schluss für unsere Frage, wann heimliche Okkupation sich in Dejektion umwandele, gezogen werden, da für uns diese Frage nur hinsichtlich des Momentes des Besitzverlustes corpore Bedeutung hat — das interd. U. V. hat ja der Okkupant sofort ohne physische Gewalt oder Aufforderung zur Räumung — und in diesen Stellen ein Besitzverlust animo bei der Flucht eintritt. Es wird hier nicht genug unterschieden zwischen Besitzverlust animo und Zuständigkeit des Interdikts U. V., aus dessen Zuständigkeit man nicht auf einen Besitzverlust corpore durch Dejektion schliessen

darf, da eine vi deiectio in diesen Fällen nur fingiert wird. Eine solche Fiktion der deiectio vi, um die Zuständigkeit des interd. U. V. zu erlangen, müssen wir wohl auch für das vorjustinianische Recht annehmen, wenn Bruns Bezeichnungen wie non admittere, prohibere für seine Ansicht anführt. In allen diesen Fällen tritt Besitzverlust animo, nicht corpore ein. Insbesondere scheinen l. 25 § 2 D. 41, 2, l. 3 § 8 eod. unglücklich gewählt, da in ihnen von einem Besitzverlust animo die Rede ist, wenn der Grundstückbesitzer zu feige ist, um auch nur den Versuch zu machen, die Herrschaft auf seinem eigenen Grund und Boden anderen gegenüber auf dem Wege der Selbsthülfe zur Geltung zu bringen. Das „nolle accedere" in der letzteren ist stillschweigende Erklärung der Besitzaufgabe. Wir knüpfen also nach dem Vorstehenden den Thatbestand der Umwandlung von heimlicher Okkupation in Dejektion nicht an die einfache Verweigerung der Herausgabe, sondern an die Anwendung physischer Gewalt.

Sodann verliert der Besitzer, der bei der Meldung der Okkupation überhaupt nicht zurückkehrt, sondern sich dabei beruhigt, seinen Besitz und zwar animo. Von unserem Standpunkte aus birgt ein jetzt eintretender Besitzverlust keine Härte in sich, da für animo aufgehobenen Besitz Rechtsschutz zu geben als logischer Unsinn zu bezeichnen wäre. Vorauszuschicken ist, was eigentlich der Ausdruck, solo animo den Besitz an Grundstücken verlieren, bedeutet. Eine ununterbrochene Dauer des Bewusstseins des Besitzes ist weder möglich, noch erforderlich. Sonst müsste ja der Verlust schon dadurch eintreten, dass der Besitzer einen Augenblick nicht an sein Grundstück, also auch nicht an dessen Besitz denkt; damit würde aber jede praktische Bedeutung des Besitzes

erlöschen. Der Verlust animo setzt eben dasselbe voraus, wie der Verlust solo corpore; es muss der animus possidendi thatsächlich in contrarium actus, in sein Gegenteil verkehrt sein, und dazu gehört, dass der animus non possidendi, „der Wille nicht mehr besitzen zu wollen“ gefasst werde (Paulus l. 3 § 6 D. 41, 2; Ulpian l. 17 § 1 i. f. eod.). Wie alle Willensentschlüsse, kann aber auch der Entschluss, „nicht mehr besitzen zu wollen“, nur dadurch Wirksamkeit erlangen, dass er offenbar wird. Solche Offenbarungen können nicht minder ausdrücklicher, wie stillschweigender Natur sein. Man wird gewiss nicht bezweifeln können, dass eine ausdrückliche Erklärung des animus non possidendi die Wirkung des Besitzverlustes hätte. Allein ebensowenig unterliegt es einem Zweifel, dass diese Erklärung für sich und als solche im praktischen Leben niemals vorkommen wird. Wohl aber erfolgt diese Offenbarung des animus non possidendi stillschweigend in konkludenten Handlungen, d. h. in Handlungen, die an sich selbstständige Zwecke verfolgen, die aber nach Lage der Verhältnisse keinen vernünftigen Grund, an der Besitzaufgabe zu zweifeln, übrig lassen. Eine solche konkludente Handlung ist das Sichberuhigen bei der Meldung von der Okkupation; es ist eine stillschweigende Erklärung der Besitzaufgabe. Es verliert also der abwesende Besitzer, dem fremde Okkupation gemeldet wird, seinen Grundbesitz, wenn er es unterlässt, die Herrschaft auf seinem eigenen Grund und Boden zur Geltung zu bringen. Welche Motive ihn dazu treiben, ob Feigheit: wie sie die l. 3 § 8 D. 41, 2: „siquis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere amisisse eum possessionem placet,“ oder etwas anderes ist gleichgültig.

Es scheint mir hier der Platz, eine die heimliche

Okkupation von Immobilien betreffende Streitfrage zu erledigen. Die Lehre der Römer von der Unwirksamkeit der heimlichen Okkupation findet Anwendung, selbst wenn die Abwesenheit des Besitzers einen längeren Zeitraum umfasst. Jedoch sind gerade in dieser Beziehung von nicht zu unterschätzender Seite Bedenken erhoben worden. Meischeider beschränkt unseren Satz auf den Fall einer Abwesenheit des Besitzers, wie sie nach den Lebensverhältnissen desselben dann und wann vorzukommen pflegt, sodann auf eine Abwesenheit, „wie sie durch die Lage des Grundstücks im Verhältnis zum Wohnsitze des Besitzers und die Art und Weise der Benutzung des Grundstücks bedingt ist.“ Noch weiter gehen Baron und Kniep, welche Besitzretention trotz heimlicher Besetzung des Grundstücks überhaupt nur dann anerkannt wissen wollen, wenn die Abwesenheit des Besitzers nicht von längerer Dauer ist. Indem sie die blosse körperliche Trennung als wesentlich ansehen, lassen sie bei längerer Abwesenheit spätestens mit der Besetzung des Grundstücks durch den Dritten Besitzverlust eintreten. Jedoch scheinen mir die Quellenstellen, welche jene Schriftsteller als Belege für ihre Ansicht anführen, nichts zu beweisen. Wenn die Quellen als Beispiele für die Retention des Besitzes die saltus aestivi und hiberni und die Reise zur Messe nennen, so erklärt sich das m. E. daraus, dass man in der Regel das Grundstück für längere Zeit nicht verlassen wird, ohne einen Vertreter zu bestellen, oder in anderer Weise die Fortdauer seines Besitzverhältnisses zu dokumentieren. Werden derartige Vorsichtsmassregeln trotz einer longa absentia nicht getroffen, dann liegt wohl eine konkludente Handlung in dem oben bezeichneten Sinne vor oder vielmehr sie kann vorliegen. Die Quellen sagen hierüber:

l. 37 § 1 D. 41, 3: fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nanciscí possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit;

ferner § 7 J. 2, 6:

si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini . . . . sine vi nanciscatur.

Diese Quellen sprechen von einem Aufhören des Besitzes durch longa absentia oder durch negligentia des bisherigen Besitzers, d. h. von einem Verluste durch längere Unterlassung von Besitzhandlungen. Unterlassungen können solche konkludente Handlungen sein, können den Schluss auf den animus non possidendi erlauben, sie erlauben ihn dagegen nicht, wo irgend ein Grund zur längeren Unterlassung der Besitzhandlungen vorliegt. Ein solcher Grund kann in der Beschaffenheit des Grundstücks liegen; die Quellen führen als geeignetes Beispiel hier stets die saltus aestivi et hiberni an, die schon ihrer Natur nach bald die eine, bald die andere Hälfte des Jahres unbesucht blieben; aus moderner Zeit können wir unsere wechselnden Sommer- und Winterwohnungen anführen, die fast immer ohne jede Beaufsichtigung die grössere Hälfte des Jahres unbenutzt bleiben, ohne dass wir den Besitz daran einbüssen. Andere Motive. lassen sich in der Person des Besitzers finden; z. B. kann man aus Furcht vor Kriegsunruhen längere Zeit seinem Grundstücke ohne Besitzverlust fern bleiben (c. 4 C. 7, 32). Feste Grenzen, wann die längere Unterlassung konkludent ist, wann nicht, lassen sich natürlich nicht ziehen. Der animus non possidendi muss erkennbar sein; das ist er nicht, wo sich ein triftiger Grund für die Nichtausübung des Besitzes finden lässt. Das Resultat ist also, dass längere Abwesenheit vom

Grundstücke für die Besitzwirkungen insofern von Erheblichkeit sein kann, als aus der longa absentia Schlüsse auf das Auflassen des Besitzwillens zu ziehen sind. Es kann nun die Invasion eines Fremden in ein Grundstück insofern von Bedeutung für den Verlust des Besitzes an demselben sein, als in solchem Falle ein Hervortreten des animus possidendi eher erwartet werden darf, als so lange die possessio leer steht. Ein Nichthervortreten des Willens in solcher Lage infolge von Nichtwollen wird von hervorragendem Gewichte sein. Der Wille, nicht mehr Besitzer zu sein, wird zur Folge haben, dass der Besitzer trotz der Kenntnisnahme von der Okkupation sich völlig passiv verhält, insbesondere jeden Versuch, dem Okkupanten gegenüber sein Besitzrecht zur Geltung zu bringen, unterlässt. In solchem Falle ist aber nicht die Okkupation Grund des Besitzverlustes, sondern der animus non possidendi, welcher jedoch nur infolge der Okkupation zu Tage tritt. Indirekt erscheint die Thatsache der Okkupation, da sie die Veranlassung zum Hervortreten des Besitzwillens hätte geben müssen, als der Grund des Verlustes. Entscheidend für diese Ansicht ist die l. 1 § 25 D. 43, 16. Da die saltus aestivi et hiberni nur Beispiele für die retentio animo des Besitzes sind, und da Ulpian mit den Worten fortfährt:

„nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est“,

ergiebt sich als massgebend lediglich, dass der Besitzer beim Verlassen des Grundstücks nicht den Willen, den Besitz aufzugeben, gehabt habe. Dass es auf die Dauer der Abwesenheit ankomme, davon sagt jene Stelle nichts, ist ihr mithin auch nicht zu unterstellen. Der Annahme Barons, dass das mox in dem § 24 bei dem engen Zusammenhange desselben mit dem folgenden Paragraphen

sich auf den Inhalt des § 25 beziehe, vermag ich mich nicht anzuschliessen.

Wie steht es jedoch in dem Falle, wenn der abwesende Besitzer weit abwesend ist oder krank, so dass er trotz der Kenntnis keinen Beseitigungsversuch machen kann, obwohl er den Besitz nicht aufgeben will. Kranke, weit Abwesende, das sind nur Vertreter einzelner Fälle einer allgemeinen Kategorie von Umständen, die für uns dadurch von Interesse sind und darin ihr gemeinsames Merkmal haben, dass sie die Unterlassung von Besitzhandlungen bewirken, ohne dass aus ihnen Schlüsse auf den Besitzwillen zu ziehen wären. Denn derjenige, der durch Krankheit, Abwesenheit u. s. w. verhindert ist, seinen Besitz au zuüben, giebt ihn deswegen nicht animo auf, wenn er die Geltendmachung seines Besitz unterlässt. Demgemäss werden wir diese Fälle dahin entscheiden, dass der Besitz fortdauert selbst in dem Falle, dass der Besitzer Kenntnis von der Okkupation erhalten hat; der Besitzer retiniert ihn trotz mangelnder Geltendmachung seines Besitzrechts. Unwesentlich ist hierbei, ob diese äusseren Umstände nur vorübergehend sind oder längere Zeit andauern. Wesentlich ist, dass der Abwesende, wenn er vielleicht auch unvermögend ist, den Versuch der Rückkehr auf das Besitztum und der Entsetzung des Okkupanten zu machen, es zugleich in der Hand hat, auf anderem Wege, etwa dem gerichtlichen, seinen Besitz geltend zu machen. Ein Versäumnis nach dieser Richtung hin würde eventuell einer Unterlassung des Rückkehrversuchs gleich zu achten sein.

Bis jetzt sind wir immer von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Besitzer handlungsfähig sei. Da aber nach römischen Recht auch Handlungsunfähige, wie Kinder und Geisteskranke, als Besitzer anerkannt

werden, so müssen auch diese Berücksichtigung finden. Wir setzen also den Fall, dass ein Handlungsunfähiger ein Grundstück besitzt, in seiner Abwesenheit dasselbe okkupiert wird, er einen Vertreibungsversuch macht, derselbe aber misslingt; gilt dann der Besitz für verloren? Savigny stellt den Satz auf, dass Pupillen und Wahnsinnige den Besitz eines Grundstücks durch die Handlung eines anderen, d. h. vor allem durch Dejektion gar nicht verlieren können. Diese Behauptung ist jedoch nur eine Konsequenz des von ihm vertretenen, schon oben widerlegten Grundsatzes, dass der Besitz an Grundstücken nur durch den animus des Besitzers verloren gehen könne. Von unserem Standpunkte aus müssen wir annehmen, dass in dem genannten Falle der Besitz verloren geht.

Wie steht es aber, wenn der Handlungsunfähige sich bei der Nachricht von der Okkupation beruhigt und keinen Vertreibungsversuch macht? Gilt dann der Besitz als animo verloren? Nein, ein Verlust animo kann bei Kindern und Wahnsinnigen nicht statthaben. Sie können keinen Willen, also auch nicht den animus non possidendi fassen. Da wir ihn als Voraussetzung des Verlustes animo kennen, so muss ein solcher bei Willensunfähigen ausgeschlossen sein; cf. l. 27 de poss. 41, 2:

„quia furiosus non potest desinere animo possidere".

Bei unseren bisherigen Ausführungen sind wir immer von der Annahme ausgegangen, dass der Besitzer den Besitz selbst ausübe, und in seiner Abwesenheit das Grundstück heimlich okkupiert werde, und haben nur für diesen Thatbestand den Satz von der Fortdauer des Besitzes dargestellt. Im Folgenden ist zu erörtern, ob die geschilderten Grundsätze auch in gleicher Weise

ihre Anwendung finden, wenn der Besitz mittelbar, d. h. durch Stellvertreter ausgeübt wird. Unter heimlicher Okkupation ist hier an erster Stelle eine solche Okkupation zu verstehen, welche für den Stellvertreter als solchen und so auch für den Besitzer geheim ist. Hat sich also der Stellvertreter für kurze Zeit entfernt — ebensowenig, wie bei unmittelbar ausgeübtem Besitze der Besitz an Grundstücken allein durch körperliche Entfernung von der Sache verloren geht, ist dies bei mittelbar ausgeübtem Besitze der Fall —, und in seiner Abwesenheit okkupiert ein Dritter das Grundstück, so ist die Frage, geht durch diese heimliche Okkupation der Besitz verloren. Oder dauert der Besitz bis zur Kenntnisnahme des Vertreters oder gar des Vertretenen fort? Dass der Besitz durch die heimliche Okkupation nicht verloren geht, müssen wir als unbestritten annehmen; das widerspräche vollständig den bisher entwickelten Grundsätzen über die heimliche Okkupation. Denn die Thatsache, dass sich Niemand auf den Grundstücken befindet, trifft hier ebenso wie dort zu; ob der Stellvertreter im Besitz vorübergehend abwesend ist oder der Besitzer, das ist für die Beantwortung dieser Frage gleichgültig. Zweifelhaft ist aber, ob der Besitz bis zur Kenntniss des Vertreters oder bis zu der des Vertretenen fortdauert. Vorauszuschicken ist, dass im Falle der Stellvertretung der possessor den Besitz animo suo, corpore alieno ausübt; der Stellvertreter hat also das corpus, das Innehaben. Wie oben gezeigt, kann der Besitz im Falle der heimlichen Okkupation sowohl animo, als corpore verloren gehen, animo, wenn sich der Besitzer bei der Kenntnisnahme von der Okkupation beruhigt, corpore, wenn ihm ein Beseitigungsversuch des Okkupanten missglückt. Da nun der Stellvertreter das corpus ausübt,

so geht unzweifelhaft der Besitz für den Vertretenen verloren, wenn der Stellvertreter einen Vertreibungsversuch macht, dieser aber misslingt. Kenntnis des Besitzers von der Okkupation ist in dieser Beziehung keinesfalls zum Besitzverlust erforderlich; was die l. 1 § 22 D. 43, 16 von der Dejektion sagt, gilt auch unzweifelhaft von der ihr auch sonst gleichgestellten Invasion während der Abwesenheit, sobald die Rekuperation vom Stellvertreter erfolglos versucht ist. Anders ist es jedoch mit der Frage, in wie weit ein Sichberuhigen des Stellvertreters bei der Meldung von der Okkupation Besitzverlust für den Vertretenen involviert. Wie wir oben gesehen haben, ist dieses Sichberuhigen als eine konkludente Handlung, manifestierend die Aufgabe des Besitzwillens, aufzufassen. Es ist aber der Vertretene, der den Besitzwillen hat, er besitzt animo suo, corpore alieno. Wie kann nun das Sichberuhigen des Stellvertreters als eine konkludente Handlung für die Aufgabe des Besitzwillens angesehen werden, den er gar nicht hat! Da der Vertretene den Besitzwillen hat, müssen hier duchaus die gleichen Grundsätze wie beim Verluste des in eigener Person ausgeübten Besitzes gelten. M. E. ist also in dieser Richtung Kenntnis des Vertretenen von der Okkupation erforderlich, wenn durch eine passive Handlungsweise der Besitz verloren gehen soll.

Eine zweite Möglichkeit der heimlichen Okkupation mittelbar ausgeübten Besitzes an Immobilien liesse sich folgendermassen konstruieren.. Der Vertreter verlässt das Grundstück mit der Absicht, nicht zurückzukehren, [1])

[1]) Dass durch das discedere des Vertreters der Besitz für den Vertretenen nicht verloren geht, hat Justinian in c. 12. C. 7,32 entschieden. Unter den vorjustinianischen Juristen bestand bei mittelbar ausgeübtem Besitze ein Streit, ob der Besitz hier schon durch das blosse discedere und deserere der Vertreter verloren gehe oder nicht.

und ein Dritter okkupiert dasselbe heimlich, d. h. ohne Wissen des Besitzers. Es fragt sich nun, ob der Besitz dieses Grundstücks, welches vom Vertreter verlassen ist, durch die Okkupation eines Dritten für den Besitzer verloren geht, oder ob auf diesen Fall die sonstigen Grundsätze des heimlichen Besitzerwerbs in der Weise Anwendung finden, dass Kenntnis des Besitzers notwendig ist und erst das Verhalten nach erlangter Kenntnis über den Besitzverlust entscheidet. Savigny glaubt, in dieser Beziehung habe eine Kontroverse unter den römischen Juristen bestanden, da der Schluss der Papinianischen l. 44 § 2. D. 41,2 und der l. 40. § 1 eod. des Africanus beweisen sollen, dass diese beiden Juristen den Besitzverlust spätestens mit der Okkupation eines Dritten eintreten lassen, während die Paulinische lex 3 § 6—9 D. 41,2 beweise, dass dieserJurist einen Besitzverlust durch heimliche Okkupation nicht gekannt habe. Savigny meint weiter, dass die c. 12 C. 7,32 auch diese Kontroverse in dem Sinne entschieden habe, dass der Besitzer den Besitz behalten soll, bis er die Okkupation erfährt und dann den Okkupanten vertreiben kann. Was die Paulinische Stelle betrifft, so interpretiert sie Savigny dahin, dass der Besitz von Grundstücken entweder durch freiwilligen Abzug oder deiectio vi verloren werde, und er kommt dadurch zu dieser Interpretation, dass er die einzelnen in der Stelle enthaltenen Fälle als Anwendungen des an die Spitze gestellten Princips, wonach beim Besitzverlust der animus entscheidend sei, auffasst und diese Anwendungen am Schluss der Stelle unter die erwähnte Regel zusammengefasst wissen will. Witte legt diese Stelle anders aus, indem er seiner auch sonst vertretenen Ansicht folgend die Retention des Besitzes nach Abzug des Ver-

treters bei gutgläubiger Okkupation eines Dritten leugnet; jedoch scheint diese Interpretation nicht unbedenklich besonders, da er sich zu einer anderen Lesart entschliessen und selbst zugeben muss, dass bei seiner Auslegung die Zusammenstellung der Sätze befremdend wirke. Meischeider sucht eine Vereinigung der in § 9 enthaltenen Grundsätze mit denen der Papinianischen l. 44 § 2 dadurch herbeizuführen, dass er leugnet, Paulus habe freiwillige Besitzaufgabe und deiectio vi als einzige Arten des Besitzverlustes bei einem durch Vertreter vermittelten Besitz anerkannt. Doch glaube ich kaum, dass er mit dieser Auffassung dem wichtigen Platze jener Stelle am Schluss der Erörterung über die retentio animo bei Grundstücken und der so kurz gehaltenen, aber desto wirksameren Fassung des Schlusssatzes gerecht wird. Wir schliessen uns also Savigny an, der meint, dass in dem Paulinischen Fragment als die einzigen Fälle des Besitzverlustes an Grundstücken das discedere nostra voluntate und das vi deici anerkannt seien. Auf der anderen Seite stehen Papinian und Africanus. Papinian erklärt in der l. 44 § 2 D. 41,2, dass bezüglich der Frage des Besitzverlustes ein wesentlicher Unterschied zwischen unmittelbar und durch Vermittelung von Dritten ausgeübtem Besitze zu konstatieren sei. Während der Verlust eines unmittelbar ausgeübten Besitzes bereits eintrete, wenn der Besitzer in der Absicht, den Besitz aufzugeben, das Grundstück verlasse, so könne ein durch Stellvertreter ausgeübter Besitz nur dann verloren gehen, quam eam alius ingressus fuisset. Das blosse Verlassen des Grundstücks seitens des Vertreters in der Absicht, nicht mehr den Besitz für den Vertretenen auszuüben, hat mithin keine Wirkung; vielmehr verliert der Besitzer den Besitz erst

wenn das Grundstück von Dritten okkupiert wird, dann aber auch ohne seine Kenntnis. Am naheliegendsten ist es jedenfalls, unter dem ingredi des anderen Okkupation zu verstehen, wie dies auch Windscheid thut. Der Jurist will mithin sagen; der Verlust eines durch andere vermittelten Besitzes ist nicht denkbar, ohne dass Okkupation eines Dritten vorliegt, und andererseits genügt diese, auch wenn sie heimlich ist, zum Besitzverlust, was er noch ausdrücklich am Schlusse des § 2 betont; er giebt hier der Ansicht Ausdruck, dass heimliche Okkupation bei vermitteltem Besitze ohne weiteres und in jedem Falle eine Quelle des Besitzverlustes bilde. Auch Africanus erklärt in der l. 40 § 1 D. 41,2, dass im Falle der Stellvertretung eine Fortdauer des Besitzes bis zur Vernachlässigung des Besitzes durch den Besitzer oder Okkupation eines Dritten[1]) anzunehmen sei, nicht aber derselbe bis zur Kenntnis des Besitzers von der heimlichen Okkupation erhalten bleibe, wie es bei unmittelbar ausgeübtem Besitze die Regel ist. Man wird also wohl eine Kontroverse unter den römischen Juristen annehmen müssen, da Vereinigungsversuche z. T. unmöglich, z. T. ungerechtfertigt erscheinen. Und dann folgen wir Savigny auch darin, dass diese Kontroverse in der c. 12 C. 7,32 ihre Entscheidung in dem Paulinischen Sinne gefunden habe. Für die Ansicht, dass seit 532, dem Entstehungsjahre dieser constitutio, trotz einer heimlichen Okkupation der Besitz, mag er nun mittelbar oder unmittelbar ausgeübt werden, nicht verloren geht, sprechen insbesondere die Worte:

„alii prodiderit, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere“

einerseits, sowie die Worte:

[1]) Einige behaupten, dass nach dieser Stelle der Besitz sogleich mit dem Fortgange des Stellvertreters verloren gehe.

„nihil penitus domino praeiudicii generetur“ andererseits. Bei unbefangener Auffassung des Gesetzes kann man seine Wirkung nicht bloss auf die faktische Entfernung und das Platzmachen des Vertreters beziehen, sondern muss das „ut nihil praeiudicii generetur“ auch auf das Eintreten des Dritten in den locus aperatus erstrecken. Es ist sicherlich aus dem Gesetze zu entnehmen, dass in ihm die Rechtsanschauung, nach welcher wir den Besitz an Immobilien trotz der heimlichen Okkupation der Sache seitens eines Dritten retinieren, zu einer weiteren Ausbildung gelangt ist. Sollte man wirklich nur eine Bestätigung des bestehenden Rechtes in der Konstitutio sehen wollen, so würde das nihil penitus . . . . . praeiudicii generetur eine Trivialität enthalten. Man muss sich demnach dahin entscheiden, dass nach dem Rechte Justinian's heimliche Okkupation eines Dritten auch mittelbar ausgeübten, durch den Vertreter verlassenen Besitz nicht entziehe. Und nur diese Entscheidung scheint auch die principiell richtige zu sein, und die oben geschilderte Papinianische Unterscheidung zwischen dem Verluste bei unmittelbar und mittelbar ausgeübtem Besitze unbegründet. Denn wenn einmal nach dem Fortgange des Vertreters Fortdauer des Besitzes angenommen wird, so muss der Besitz dann derselbe sein, wie wenn der Besitzer bei unmittelbarer eigener Detention sich vorübergehend von der Sache entfernt; es liegt hier also die gewöhnliche Art der possessio absentis vor. Bruns ist jedoch anderer Meinung; er will, indem er von dem discedere des Vertreters ausgeht, zwischen beiden Fällen insofern einen Unterschied erkennen, als der temporären Entfernung des dominus nur die temporäre Entfernung des Vertreters analog sei, während bei gänzlichem Abzuge des letzteren

die Vermittelung des Besitzes ganz aufgehoben sei. Es habe daher seinen guten Grund gehabt, wenn die Sabinianer hier ohne weiteres sofortigen Verlust des Besitzes angenommen hätten. Wenn nun auch das Prokulianische Princip der Fortdauer sich damit rechtfertige, dass der animus des dominus fortdauere, und mit ihm die Möglichkeit der Reproduktion der Detention, so sei dies naturgemäss doch an die durch die Okkupation eines Dritten gegebene Zeitschranke gebunden. Jedoch können mich diese Worte nicht veranlassen, einen principiellen Unterschied zwischen der einfachen possessio absentis und dem Falle des unbefugten Abzugs des Vertreters zu machen. Die Rechtslage ist in beiden Fällen dieselbe; der Vertretene behält seinen Besitz, welchen er sich dem Okkupanten gegenüber durch das Vertreibungsrecht wahren und, wenn er ihn in Folge seiner Zurückweisung durch den Okkupanten verliert, durch das interd. U. V. wiederverschaffen kann, falls er es nicht von vornherein vorzieht, den Rechtsweg zu beschreiten. Dem Falle, in welchem nach treulosem Abzuge des Vertreters die Regeln der heimlichen Okkupation Anwendung finden, ist der gleich zu stellen, wenn der Vertreter stirbt oder wahnsinnig wird, und nunmehr eine heimliche Okkupation erfolgt. Denn einmal bleibt der Besitz dem Vertretenen trotz Todes und Wahnsinnes des Vertreters erhalten (l. 31 § 3 D. 41,3). Der Besitz der Immobilien wird also durch Tod oder Wahnsinn des Stellvertreters im Besitze zu einer vacua possessio absentium, auf die eine heimliche Okkupation nach den allgemeinen Grundsätzen — sie müssen hier Anwendung finden — nicht subjektverändernd einwirkt.

In der Einleitung erwähnten wir, dass das Wort „heimlich“ immer in Beziehung auf eine bestimmte Per-

son, hinter deren Rücken etwas geschehe, gebraucht werde. Diese bestimmte Person ist hier der Besitzer, also jede Okkupation ist dann heimlich, wenn der Besitzer von ihr nichts weiss. Von diesem Gesichtspunkte aus ist hier auch der Fall zu erwähnen, dass der Vertreter den Besitz treulos einem Dritten übergiebt. Auch hier ist bestritten, welche Folgen sich für die Besitzverhältnisse ergeben. Sowohl Bruns, als auch Ihering lehren, dass im vorstehenden Falle der Besitz durch die heimliche Okkupation dem bisherigen Besitzer verloren gehe. Für Bruns liegt der Fall nicht anders als da, wo der Vertreter abgezogen, und nach seinem Abzuge ein extraneus den Besitz heimlich okkupiert hat; wie dort, bejaht er auch hier die Frage des Besitzerwerbes durch den letzteren. Einen anderen Standpunkt nimmt dagegen Ihering ein; er interpretiert die oben erwähnten l. 44 § 2 und l. 40 § 1 D. 41, 2 dahin, dass im Falle der treulosen Uebergabe des Grundstücks durch einen Vertreter an einen Dritten der Besitz für den bisherigen Besitzer verloren gehe. Da es nun in diesem Falle ein possessorisches Rechtsmittel im vorjustinianischen Recht nicht gegeben habe, so sei diese Lücke durch Justinian ausgefüllt worden, der durch die c. 12 C. 7, 32 dem alten Besitzer das interd. U. V. gegeben habe. Welche Gründe in der l. 44 § 2 cit. zu finden sind — das gilt gegen Ihering —, die gerade für die Annahme, der Besitz gehe durch die treulose Uebergabe des Vertreters verloren, sprechen, ohne gleichzeitig den oben erwähnten Fall der heimlichen Okkupation nach dem discedere des Vertreters zu umfassen, ist mir unverständlich. Ob wir die viel angeführte l. 25 § 1 D. 41, 1 in einem Papinian widersprechenden Sinne auffassen oder sie für diese Streitfrage als unerheblich ansehen, indem wir sie mit Arndts[1])

[1]) Pandekten § 3. 14 Anm. 1.

von dem Falle verstehen, dass der Stellvertreter die Detention einem anderen überlässt, der Pächter also unterpachtet, mag man dahingestellt sein lassen. Das Richtige ist wohl auch hier, für das vorjustinianische Recht eine unter den Juristen bestehende Streitfrage anzunehmen. Auch Africanus nimmt Verlust des Besitzes durch treulose Uebergabe an; denn es folgt notwendig aus der l. 40 § 1 cit., dass, wenn er dem blossen Abzuge des Vertreters die Wirkung des Besitzverlustes zuschreibt, dieselbe Wirkung eintreten muss, wenn Verlassen des Grundstückes seitens des Detentors und Einzug eines anderen zeitlich und kausal zusammentreffen. Auf eine Würdigung derjenigen Codex-Stellen, welche beweisen sollen, dass die unbefugte Uebergabe des Besitzes seitens des Detentors dem Nehmer Besitz verschafft habe, weiter einzugehen, ist wohl nicht notwendig; sie brauchen nicht in diesem Sinne verstanden zu werden, und die c. 5 C. 7, 51 braucht nicht von einem auf rechtswidriger Uebergabe beruhenden Besitze verstanden zu werden, die c. 3 C. 7, 33 ferner spricht vom Eigentum, aus dem nicht auch Besitz des Eigentümers gefolgert zu werden braucht. Mag auch vor Justinian hierüber eine Kontroverse bestanden haben, wie sie die obigen Digestenstellen andeuten, Justinian hat dieselbe durch die c. 12 C. 7, 32 dahin entschieden, dass der Besitz trotz der treulosen Uebergabe des Vertreters nicht verloren geht. Ihering will durch sie ein possessorisches Rechtsmittel zur Wiedererlangung des durch treulose Uebergabe verlorenen Besitzes eingeführt sehen, und nur für diesen. Bruns[1]) hat sehr richtig ausgeführt, dass, indem das Gesetz für die beiden Fälle, dereliquerit vel alii prodiderit, nur die eine Folge, nihil penitus praeiudicii generetur,

[1]) Besitzklagen S. 110 ff.

angeordnet hat, für den Fall des alii prodere nichts anderes gelten kann, als für das derelinquere, und dass, weil das derelinquere nur das einfache Verlassen bedeutet, wodurch aber eine einfache Besitzklage nicht begründet werden kann, da es noch keinen giebt, gegen den sich die Klage richten soll, auch für das alii prodere eine Klage nicht eingeführt werden kann. Wichtig für die Erheblichkeit der c. 12 cit. hinsichtlich der besprochenen Frage ist die Bedeutung, welche man dem alii prodere zumisst. Prodere ist keineswegs identisch mit tradere; jedes dolose tradere ist ein prodere, aber nicht jedes prodere ein tradere. Unter dem prodere ist ein jedes Verfahren zu verstehen, durch welches dem Dritten seitens des Vertreters das Grundstück in die Hände gespielt wird. Aeusserlich kann es sehr oft ein derelinquere sein; es ist dann nur in dem inneren Grunde und der Absicht von ihm verschieden. Unerheblich ist, ob der Abzug des Vertreters und die Okkupation durch den Dritten zeitlich zusammenfallen — der gewöhnliche Vorgang der Tradition — oder nicht, wenn nur das derelinquere in der Absicht geschieht, einem Dritten die Gewalterlangung zu ermöglichen. Wenn nun also das nihil penitus domino praeiudicii generetur nur so verstanden werden kann, dass durch ein solches treuloses oder kulposes Benehmen des Vertreters kein praeiudicium in Bezug auf den Besitz des Vertretenen geschaffen werden soll, so heisst das eben, dass auch die Uebergabe des Grundstücks an einen Dritten durch den Detentor dem Besitzer keinen Schaden bringen soll, vielmehr der Besitz desselben fortdauere. Hierdurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, dass unter Umständen Besitz durch Tradition seitens einer Person, welche Stellvertreter zu sein scheint, übertragen werden kann, wenn z. B. der Vertreter selbst bereits vorher

Besitzer geworden ist; mag er sich dann aber auch nach aussen hin als Vertreter ausnehmen, in Wirklichkeit ist er Besitzer. Die Konstitution betont nur, dass die Handlung des Stellvertreters selbst in Ansehung des Besitzverlustes und Besitzerwerbes ausser Betracht bleiben solle. Denn der Vertreter, welcher eigenmächtig das von ihm detenierte Grundstück an einen Fremden weitergiebt, handelt, indem er dies thut, nicht mehr als Vertreter. Er hört auf Vertreter fremden Besitzes zu sein in dem Augenblicke, wo der Dritte den Besitz ergreift, und somit liegt die Sache nicht anders, als wenn der Dritte ein solo animo ohne Repräsentanten retiniertes Grundstück okkupiert hätte. Damit durch Okkupation, auf welche Weise sie auch geschehen mag, der frühere Besitz verwirkt werde, ist jedenfalls Kenntnisnahme des Besitzers von der erfolgten Okkupation nötig. Sein nunmehriges Verhalten entscheidet über die Besitzfrage. Wenn Witte im Falle treuloser Uebergabe seitens des Vertreters den gutgläubigen Okkupanten Besitzer werden lässt, so entspricht das seiner auch sonst bei der heimlichen Okkupation vertretenen Auffassung, dass der b. f. heimliche Okkupant hinsichtlich des Besitzerwerbes bevorzugt werden müsse. Da wir diese Ansicht nicht teilen, so können seine Worte kein Gegenargument gegen unsere, die treulose Uebergabe des Vertreters betreffende Auffassung bilden.

Der einzige Fall heimlicher Okkupation, der bei durch Vertreter ausgeübtem Besitze noch denkbar ist, würde dahin lauten, dass der Vertreter den Besitz eines Grundstücks, das er bisher namens des Vertretenen besessen hat, für sich ausüben will. Da zum Besitzerwerb corpus und animus erforderlich sind, so fragt es sich nun, ob der Vertreter, der das corpus hat, durch Auf-

gabe des animus alieno nomine possidendi und durch Annahme des animus rem sibi habendi den Besitz erwirbt, oder ob auch für diese heimliche Okkupation die allgemeinen Grundsätze gelten. Diese Frage ist bestritten; es wird verneint, dass auch in diesem Falle es der Kenntnis des Besitzers von dem Aneignungsvorgange bedürfe, damit der Uebergang des Besitzes als erfolgt anzusehen sei. Dass die Bejahung dieser Frage allein den allgemeinen Grundsätzen über die heimliche Okkupation von Immobilien entspricht, ist m. E. einleuchtend. Es ist eben nicht der Vertreter, welcher Kunde von der Besitzergreifung erhält, sondern es liegt hier der einfache Fall heimlicher Okkupation fremden Besitzes vor. Durch die Aufgabe des Vertretungswillens hört der Stellvertreter auf, Stellvertreter zu sein; er steht dem Vertretenen jetzt vollständig als Dritter gegenüber. Erhält also der Vertretene Kenntniss von der Okkupation des Vertreters — meistens wird er diese durch eine Hinderung der Wiederholung der Bethätigung seines Besitzwillens erlangen — und beruhigt sich dabei, so verliert er ebenso den Besitz, wie derjenige, welcher nach Verlassen seines Grundstücks von der Okkupation eines Dritten Kunde erhält und nicht zurückkehrt. Macht der bisherige Vertretene unmittelbar nach der Kenntnis den Versuch, sich mit Gewalt als Herr zu behaupten, so erhält er sich den Besitz, wenn der Versuch gelingt, er verliert ihn beim Misslingen. Witte ist anderer Ansicht und führt als Gegenargument die l. 12 D. 43, 16 an. Dieselbe sagt, dass der Detentor eines Grundstücks den Besitz dadurch erwerbe, dass er einen mit der Empfangnahme beauftragten Käufer den Zutritt verwehre, ohne dass es dabei auf die Kenntnisnahme des Verkäufers ankomme. Die richtige Erklärung ist wohl die, dass

das Nichtzulassen des ganz so wie der Besitzer selbst behandelten Beauftragten nicht heimlichen, sondern gewaltsamen Besitzerwerb involviert nach der lex 6 § 1 D. 41, 2. Bei gewaltsamer Entsetzung des Vertreters bedarf es jedoch auch bei Immobilien nicht zum Besitzverluste der Kenntnis des Vertretenen. Auch erlaubt wohl l. 47 D. 41, 2, welche für Mobilien die Notwendigkeit der Kenntnis des Vertretenen von dem Entschlusse des Vertreters, rem sibi habendi, verneint, ein argumentum a contrario. Baron ist anderer Ansicht; er meint, der Vertreter erwerbe durch blosse Annahme des animus possidendi den Besitz, da bei einem Besitz, der durch Stellvertreter detiniert werde, Retention solo animo nicht möglich wäre. Wie oben ausführlich dargelegt, sind wir anderer Ansicht und müssen deshalb auch in dieser Frage zu einem anderen Resultate kommen. Die l. 12 cit. versteht Baron dahin, dass durch sie dem Vertretenen das interd. U. V. zugesprochen sei, indem man die Eigenmacht des Repräsentanten als vis interpretierte; wenn irgendwo, so verlange es hier die Billigkeit, dass man die Eigenmacht des Repräsentanten ungeschehen mache. Ist es dann nicht viel richtiger, gerade auf das Ziel loszugehen und der Eigenmacht bis zu einem gewissen Zeitpunkte überhaupt keine Wirkungen zuzuschreiben, zumal diese Auffassung sich mit den übrigen Grundsätzen über die heimliche Okkupation fremden Besitzes an Immobilien viel besser vereinigen lässt.

Der Umstand, dass Streitigkeiten, wie die oben genannten, ob der abwesende Besitzer den Ersitzungsbesitz fortsetze, ob er mit der rei vindicatio hafte u. s. w., entstehen konnten, lässt vermuten, dass der bisher von uns als unbestritten dargestellte Satz doch wohl nicht über jeden Angriff erhaben ist. Man fand es zu merk-

würdig, dass einer, der den animus rem sibi habendi, den animus domini hat, ausserdem corpore das Grundstück deteniert — die beiden Voraussetzungen des Besitzerwerbes sind also vorhanden — nichts destoweniger nicht Besitzer sein soll, nicht der possessorischen Vorteile des römischen Rechts teilhaftig werden kann, die doch jedem, mochte er nun bösgläubig, mochte er gutgläubig sein, nach der Regel:

„in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat"

zugestanden. Der Nichtbesitz des Okkupanten war jedoch eine notwendige Folge des Besitzes des abwesenden Besitzers; denn es ist schon an anderer Stelle dargelegt worden, dass zu Ulpians Zeiten, in denen der berufene Satz schon allgemein zur Geltung gekommen war, die Theorie von einer possessio plurium in solidum endgültig überwunden und aufgegeben war, eine Theorie, deren Verwerfung eben die Konsequenz nach sich zog, dass, wenn nach der ausdrücklichen Erklärung unserer Rechtsquellen der bisherige Besitz fortdauert, notwendig noch kein neuer Besitz angefangen haben könne. Es ergiebt sich also als notwendige Folge für unsere Frage, dass, da der abwesende Besitzer seinen Besitz zurückbehält, der Okkupant noch nicht possessor sein kann, mithin auch Dritten gegenüber — und das ist die praktische Seite der Frage — des Interdiktenschutzes noch nicht geniesst. Savigny zieht diese Konsequenz, indem er die Möglichkeit der possessio clandestina an Grundstücken bestreitet. Diese Ansicht Savignys hat lebhaften Widerspruch gefunden. Man erkannte an, dass dies eine unzweifelhafte, logische Notwendigkeit sei, weil nicht zwei zugleich solidarisch besitzen können, meinte aber, dass man bei so rein juristischen Sätzen mit der ab-

strakten Logik etwas vorsichtig sein müsse, besonders dann, wenn sie zu unsinnigen Folgen führe. Man begann deshalb die Voraussetzung, aus welcher diese Konsequenz hergeleitet wurde, als falsch zu erklären; man behauptete, Besitzverlust trete schon im Moment der Okkupation ein; der Okkupant erwerbe also durch die Okkupation Besitz. Der Hauptverfechter dieser Ansicht ist Baron; nach ihm erwirbt der Okkupant sofort im Augenblicke der Okkupation Besitz und Interdiktenschutz nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den früheren Besitzer, welchem gegenüber er im retentorischen Besitzprozesse nur wegen der exceptio vitiosae possessionis unterliege; der Abwesende, dessen Grundstück okkupiert worden war, hat nur das Vertreibungsrecht oder kann, wenn ihm ein Vertreibungsversuch misslingt, den Besitz dem Okkupanten mittelst des interd. U. V. entwinden. Jedoch die Unvereinbarkeit dieser Behauptung mit den Quellen ist augenscheinlich. Die herrschende Meinung ist auch gegen ihn. Andere erkennen an, dass der Abwesende Besitzer bleibe, suchen aber die Singularität dieses Rechtssatzes dadurch zu beschränken, dass sie der Fortdauer des Besitzes des Abwesenden nur relative Bedeutung beimessen d. h. dieselbe nur auf sein Verhältnis zum Okkupanten beziehen, dem Okkupanten aber Dritten gegenüber den Interdiktenschutz geben. So geniesst nach Witte der Okkupant den Besitzesschutz Dritten gegenüber, ist also insofern Besitzer, und auch die Ansicht von Bruns geht dahin, dass der Okkupant Dritten gegenüber sofort Besitzer wird und diesen gegenüber die possessorischen Schutzmittel geltend machen kann; dem Abwesenden soll nur im Verhältnis zum Okkupanten der Besitz gewahrt werden. Eine solche Annahme würde mit der Behauptung, dass das Bedürfnis nach Rechtsschutz den

Satz von der Fortdauer des Besitzes bei einer heimlichen Okkupation habe entstehen lassen, durchaus vereinbar sein. Nur scheint die Thatsache entgegen zu stehen, dass mindestens hinsichtlich des Interdiktenschutzes eine possessio plurium in solidum anzunehmen sei, welche im späteren römischen Rechte allgemein verworfen ist. Für die Ansicht, dass der Okkupant jedenfalls Dritten gegenüber Besitzer ist, lassen sich Quellenstellen anführen. So scheint doch Ulpian in l. 6 pr. D. 41,2 ganz allgemein zu sagen, clam besitze — also doch besitze, — wer ohne Wissen desjenigen, von dem er Widerspruch erwarten musste, den Besitz ergriffen habe. Dem Okkupanten wird also in der l. 6 cit. schon während der Unkenntnis des Besitzers eine clandestina possessio zugeschrieben. Ferner folgt aus der l. 2 D. 43,17 des Paulus und der l. 53 D. 41,2 des Venuleius die Zuständigkeit des interd. U. P. Dritten gegenüber für den clandestinus possessor. Es ist eben durchaus richtig, dass es im Verhältnis zu Dritten nicht darauf ankommt, ob der Besitz iusta oder iniusta est; und diese Regel muss auch auf die possessio clandestina bezogen werden, da eben der heimliche Okkupant besitzt, clam possidet, wie l. 6 pr. cit. sagt. Ferner vergleiche man l. 1 § 9 D. 43.17, in welcher Ulpian bezüglich des Verhältnisses des iniustus possessor zu Dritten sagt:

„prosit ei possessio,“

und eine Verbinduug, wie possessio prodest, bezeichnet eben das Obsiegen im Besitzprozesse. Versuche wie der, das prodesse von der Zuständigkeit der actio iniuriarum zu verstehen, indem durch sie mit ihrem Strafanspruche dem possessor clandestinus ein hinreichender Schutz gegen eigenmächtige Vergewaltigungsversuche seitens Dritter gewährt würde, halte ich für verfehlt; man be-

achte doch nur, dass die lex in dem „uti possidetis“ überschriebenen Titel steht. Verbindet man daher diese Stelle mit der l. 6 cit., so kommen wir zu dem Resultate, dass die prätorischen Besitzinterdikte dem Okkupanten gegen Dritte schützend zur Seite stehen. Was übrigens von dolosen Okkupanten gilt, muss um so mehr natürlich von gutgläubigen gelten. Mit diesen Stellen scheint mir Savignys Lehre unverträglich, dass zur Zeit des Ulpian und Paulus eine clandestina possessio an Grundstücken überhaupt gar nicht mehr als möglich anerkannt worden sei, weil man dem heimlichen Okkupanten, so lange der Besitzer von der Okkupation keine Kunde erhalten, überhaupt noch gar keinen Besitz, also auch keine clandestina possessio zugeschrieben habe. Das eben entwickelte Resultat entspricht auch wohl dem praktischen Bedürfnisse. Nach der Natur der römischen Besitzlehre wäre es ganz unverständlich, um nicht zu sagen sinnlos, wenn der heimliche Okkupant, der unzweifelhaft die corporalis possessio und ebenso den animus domini hat, von jedem Dritten beliebig gestört und vertrieben werden könnte. Es liegt kein Grund vor, so weit unsere Singularität auszudehnen. Entspricht es nicht vielmehr dem Interesse des abwesenden Besitzers, dass es keinem Dritten gestattet ist, gegen den Eindringling und thatsächlichen Besitzer Gewalt und Eigenmacht zu üben, schon um deswillen nicht, weil ein anderer fast niemals wissen kann, was für ein Verhältnis zwischen dem Abwesenden und dem gegenwärtigen thatsächlichen Besitzer besteht. Vielmehr muss dieser von jedem Dritten als Besitzer geachtet werden und daher auch gegen jeden Dritten den gewöhnlichen Schutz des Besitzers erhalten. Vergleicht man hierzu l. 3 § 7 D. 41,2 des Paulus, l. 25 § 2, l. 18 § 3 eod., so kommt man allerdings zu einer possessio plurium in

solidum, einer gleichzeitigen iusta und iniusta possessio zweier an der nämlichen Sache. Allein ich glaube, dass mit Rücksicht auf den heimlichen Besitzer eines Grundstücks hinsichtlich der Interdikte die Annahme eines solchen Verhältnisses aus praktischen Gründen unabweisbar ist und auch stets von den römischen Juristen festgehalten wurde. Der Okkupant hat also Dritten gegenüber das interd. U. P. bei Besitzstörungen; wird er von Dritten vertrieben, so steht ihm das interd. U. V. zu; auch hat er Dritten gegenüber das im justinianischen Rechte noch bestehen gebliebene Vertreibungsrecht des gegenwärtigen Besitzers. Zieht man einen Vergleich zwischen der früheren und der nach der allgemeinen Anerkennung des vielerwähnten Satzes sich für den Okkupanten ergebenden Sachlage, so hat die Annahme der Fortdauer des alten Besitzes im Verhältnis des Okkupanten zu Dritten nichts geändert. Relativ dagegen, zwischen dem alten Besitzer und dem heimlichen Okkupanten, ist eine wesentliche Aenderung eingetreten: der heimliche Besitz gilt jetzt dem alten Besitzer gegenüber überhaupt als gar nicht vorhanden. Bei Vertreibungsversuchen des Besitzers oder aus irgend einem anderen Grunde kann der Okkupant deshalb nicht gegen denselben das interd. U. P. anstellen, setzt dasselbe doch nach justinianischem Recht gegenwärtigen Besitz voraus. Wie Savigny, der dem Okkupanten jeden Besitz abspricht, einen Fall der Art konstruieren kann, dass der abwesende Besitzer erst durch das interd. U. P. des Okkupanten die Okkupation erfahre u. s. w., verstehe ich nicht. Und um so mehr verfehlter scheint mir dieser von ihm supponierte Fall, als er dadurch die Beibehaltung der exceptio clandestinae possessionis zu erklären sucht. Nimmt man seinen Standpunkt ein, so kann sich

der Beklagte nie mit einer rechtsbejahenden exceptio, sondern nur durch Verneinung des Klagefundaments, durch eine negative Litiskontestation, verteidigen. Dass auch das interd. U. V. dem Okkupanten gegen den alten Besitzer nach erfolgreichem Vertreibungsversuche des letzteren nicht zusteht, ist selbstverständlich; wie kann der Okkupant ein rekuperatorisches Interdikt zur Wiedererlangung eines Besitzes anstellen, den er überhaupt nie gehabt hat, hat er doch nie in den Augen des abwesenden Besitzers als Besitzer gegolten?

Wir haben oben dem abwesenden Besitzer den Usukapionsbesitz zugesprochen; da nun augenscheinlich keine Veranlassung vorliegt, auch in dieser Beziehung eine possessio plurium in solidum zu konstruieren, so müssten wir logischer Weise den Ersitzungsbesitz dem Okkupanten absprechen. Doch sind auch andere Meinungen in der Litteratur vertreten. Baron, der den Okkupanten in jeder Beziehung als Besitzer anerkennt, trägt auch keine Bedenken, demselben Usukapionsbesitz zuzuschreiben, meint allerdings, eine solche Streitfrage wäre praktisch unerheblich, da der Okkupant meistens in mala fide oder wenigstens in culpa lata sein würde, und seinem Nachfolger jedenfalls immer wegen culpa lata die Ersitzung unmöglich wäre. So weit sich mit dem Ersitzungsbesitz des abwesenden Besitzers ein solcher des Okkupanten vereinigen lässt, könnte ich wohl aus praktischen Rücksichten Baron zustimmen. Man muss damit freilich die Möglichkeit in Kauf nehmen, dass neben dem Abwesenden auch der neue Besitzer, wenn er sich auf fehlerfreien, redlichen Erwerb stützt, in die conditio usucapiendi kommt. Jedoch können daraus in der Praxis Unzuträglichkeiten wohl nicht entstehen. Denn die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden ist davon

abhängig, dass der Okkupant dem Zurückkehrenden weicht; weicht der Okkupant nicht, so tritt Besitzverlust für den bisherigen Besitzer ein, andererseits ist dann übrigens das Grundstück als res vi possessa der Ersitzung durch den Okkupanten entzogen. Bleibt aber der Okkupant, nachdem der Besitzer von der Okkupation Kenntnis erhalten hat, in seinem Verhältnis zur Sache, so ist es nicht bedenklich, die Usukapionsfrist für ihn vom Zeitpunkte des Erwerbs der Sache an zu rechnen.

Wie steht es mit Dritten, welche das Grundstück vom Okkupanten bekommen, hinsichtlich der Ersitzung? Wenn sie in bona fide sind, können sie ersitzen, da die Sache nicht ersitzungsunfähig geworden ist. Hier besteht jedoch für den Fall eine Ausnahme, dass der m. f. Okkupant das Grundstück an einen Dritten veräussert hat. Nach der Novelle 119 cap. 7 Justinians macht die Veräusserung einer unbeweglichen Sache durch den unredlichen Besitzer die Sache ersitzungsunfähig, vorausgesetzt, dass der Eigentümer keine Kenntnis von der Veräusserung oder seinem Rechte habe; bei einer ersitzungsunfähigen Sache ist aber die Ersitzung in der ferneren Hand ausgeschlossen.

Wie es das Natürliche war, haben wir bis jetzt von der totalen heimlichen Okkupation eines Grundstücks gesprochen, und die Grundsätze, welche hier gelten, kennen gelernt. Wie steht es aber mit der partiellen heimlichen Okkupation? Wir denken uns ein grosses Grundstück; der Besitzer desselben verweilt an irgend einem Orte seines Besitztums. Damit ist aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass ein anderer an einer anderen Stelle sich befindet. Wenn nun der Besitzer auf seinem Grundstücke sich aufhält, und ein anderer dasselbe Grundstück heimlich betritt, in der

Absicht Besitz zu erwerben: wie stellt sich dann die Sache? Ein solcher Besitzerwerb kommt dem Besitzer gegenüber, der seinen Besitz körperlich ausübt, gar nicht in Betracht (Celsus l. 18 § 3 D. 41, 2). Der Besitzer verliert keineswegs den Besitz an diesem Teile, weil er den Eindringling, wie die Stelle sagt, doch leicht wieder über die Grenze treiben könnte, vorher also in keiner Weise Ausschliessung seines Besitzes feststeht. Es gilt also derselbe Satz, wie bei der totalen Okkupation, und scheint gerade diese Regel von der partiellen ausgegangen zu sein, wie Bruns richtig bemerkt. Denn hier entspricht dieser Satz der Natur des Besitzes. Der Besitzer des Grundstückes, der seinen Besitz körperlich ausübt, erscheint als der Mächtigere, dem gegenüber der heimliche Besitzerwerb gar nicht in Betracht kommt. Insofern macht sich also die Ausschliesslichkeit des Besitzes geltend. Macht er von seinem Hausrechte Gebrauch und vertreibt den Eindringling, so ist er eben der Mächtigere, und sein Besitz an dem reellen Teile war gar nicht verloren. Gelingt es jedoch dem Okkupanten, sich auf dem reellen Teile zu behaupten, so kommt der ausübende possessor sowohl als gewesener, wie als gegenwärtiger Besitzer in Betracht. Gewesener Besitzer ist er, wenn wir bloss den Teil, auf dem der Okkupant sich behauptet hat, betrachten; als solcher hat er die Rechtsmittel gegen Besitzentziehung. Fassen wir das Ganze ins Auge, so ist der Besitzer noch immer gegenwärtiger Besitzer; als solcher verfügt er nicht nur über das interd. U. P., sondern er kann auch fortwährend seine Vertreibungsversuche erneuern, ohne irgendwie zeitlichen Schranken unterworfen zu sein. Denn das Verteidigungsrecht des gegenwärtigen Besitzers hat das justinianische Recht bei Bestand gelassen. Heimliche

Besitzergreifung eines reellen Teils an sich ist also nicht möglich. Jedoch erleidet dieser Satz insofern eine Beschränkung, dass, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen des interd. quod vi aut clam vorliegen, eine heimliche Besitzentziehung stattfinden kann. Jedoch kann mit diesem Interdikte dann die heimliche Besitzentziehung rückgängig gemacht werden.

Das Resultat in Betreff der sog. technischen clandestina possessio beschränkt auf Immobilien — und dasselbe gilt auch für den durch in bona fide erfolgende heimliche Okkupation hervorgerufenen Zustand — ist also dies, von ihr kann nur so lange die Rede sein, als der Besitz wirklich ein für den abwesenden Besitzer heimlicher ist. — Dass dieser Besitz nur Dritten gegenüber Wirksamkeit hat, ist an anderer Stelle hervorgehoben. — Denn erfährt der abwesende Besitzer von der Okkupation, so wird nun entweder dieser Besitz zu einer violenta possessio, wenn dem abwesenden Besitzer ein Rückkehrversuch misslingt, oder zu einer iusta possessio, wenn derselbe überhaupt keinen Versuch mehr machen will, sich im Besitz zu behaupten. Im letzteren Fall ist der neue Besitzer ebenso wenig als vitiöser anzusehen, wie derjenige, vor dem sich der bisherige Besitzer in grundloser Furcht zurückgezogen hat. In beiden Fällen hat der bisherige Besitzer freiwillig den Besitz aufgegeben und kann deshalb den Schutz der Rechtsordnung dafür — wenigstens nach der allgemeinen Regel — nicht mehr mit Erfolg anrufen. Es fragt sich nur noch, was nach dem Vorstehenden darunter zu verstehen ist, wenn der Umstand, dass clam besessen wird, beim interd. U. P. noch Berücksichtigung findet. Die Fassung dieses Interdikts ist nicht unbedenklich, da in ihm noch immer von einem clam possidere ab adversario gesprochen wird,

ein Umstand, der Baron veranlasst hat, den oben erwähnten Besitz des Okkupanten zu konstruieren, da der Abwesende, vorausgesetzt, dass der Okkupant nicht als Besitzer gelte, keiner exceptio bedürfe. Man könnte vielleicht von unserer Ansicht ausgehend sagen, wir haben ja dem Okkupanten Besitz zugeschrieben — wenigstens gegenüber Dritten, — also lässt sich das clam im Interdikt sehr gut erklären. Dem ist zu erwidern, dass das clam possidere gerade gegenüber dem Gegner galt, — nec vi nec clam nec precario ab adversario possides — also gerade für das relative Verhältnis, für das wir jeden Besitz geleugnet haben. Wenn das clam kein Besitzfehler mehr ist, so bleibt es doch eine arge Nachlässigkeit sowohl der klassischen Juristen als auch der Kompilatoren, denen ja allerdings alles hingehen soll, es immer noch als solchen mit aufzuführen. Ja dieses clam in dem Interdikte scheint ein Argument gegen die oben geschilderte historische Erklärung zu bilden, da wir den Wegfall der rekuperatorischen Funktion der exceptio quod clam mehr oder weniger mit dem Aufkommen des erwähnten Rechtssatzes in Verbindung gebracht haben. Seit dem Aufkommen des Satzes von der Besitzretention trotz heimlicher Okkupation war eine rechtsbejahende exceptio clandestinitatis ganz unmöglich. Wenn jedoch seitdem das Wort clam nicht aus der Formel verschwunden ist, trotzdem es nunmehr dem Rechtszustande nicht entsprach, so kann dieser Umstand sehr wohl aus dem konservativen Zug, der in der römischen Rechtsentwickelung so unverkennbar ist, erklärt werden. Nicht anders als unter möglichster Schonung der alten Anschauungen und möglichster Wahrung der alten Formen haben sich in Rom jeder Zeit legislative Reformen vollzogen. Man denke nur an die Entwickelung des bonitarischen Eigentums.

Wie schon hervorgehoben, hat das römische Recht in Bezug auf die Wirkungen heimlicher Okkupation fremden Besitzes einen durchgreifenden Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien gemacht, in sofern, als der Rechtssatz, welcher uns bisher bei den die Immobilien betreffenden Erörterungen fast ausschliesslich beschäftigt hat, bei beweglichen Sachen nicht gilt. Dies hebt ausdrücklich l. 47 D 41,2 hervor, und diese lex stellt die Ansicht auf, dass diese Behandlung der Mobilien ihren Grund in der „neglecta atque omissa custodia" habe. Richtig ist, dass dem Besitzer nicht neglecta vel omissa custodia in Bezug auf die Sache zur Last fallen darf, sonst geht der Besitz verloren.[1]) Dass diese negligentia custodiae aber den Grund des im vorliegenden Falle auch ohne Wissen des Besitzers erfolgenden Besitzverlustes bilden soll, ist nicht einzusehen. Denn eine solche liegt doch sicherlich dann nicht vor, wenn der Besitzer mit der Sache umgeht, wie es jeder diligens pater familias thut, in der lex citata ist nämlich speziell von Leihen und Inverwahrunggeben die Rede. Diese Erklärung dürfte deshalb wohl unzureichend sein. Nimmt man nun an, dass dieser Satz bei Immobilien eine durch das Bedürfnis nach Rechtsschutz hervorgerufene Singularität bilde, so hat eben diese Singularität bei Mobilien nicht bestanden, weil man entweder bei Mo-

[1]) Nicht als ob die custodia allgemeine Bedingung der Fortdauer des Besitzes wäre; nein, sie ist vielmehr der geeigneteste und zweckmässigste Ausdruck des fortbestehenden Besitzwillens. Denn so lange die custodia besteht, d. h. so lange sich die Sache in der Obhut des Besitzers befindet, wird auch ein etwa gefasster Besitzaufgabeentschluss derjenigen Sicherheit und Bestimmtheit ermangeln, ohne welche er als hinreichend geäussert, nicht erscheint, ohne welche er daher die Wirkung der Auflösung des Besitzverhältnisses nicht haben kann.

bilien eines Rechtsschutzes in dieser Beziehung überhaupt nicht bedurfte, oder weil derselbe vorhanden war, was dann später noch nachzuweisen bliebe. Jedenfalls geht durch heimliche Okkupation von Mobilien der Besitz für den abwesenden Besitzer verloren und wird dem Okkupanten erworben (cf. u. a. l. 15 D. 41,2). Er geht dem abwesenden Besitzer verloren. Und dies dürfte auch den für den Besitzverlust im allgemeinen geltenden Grundsätzen entsprechen. Durch die blosse Entfernung des Besitzers oder durch blosses Verlegen der Sache tritt Besitzverlust nicht ein, die bewegliche Sache empfängt vielmehr durch das Grundstück, auf welchem sie sich befindet, einen Schutz; sie ist sub custodia nostra, auch wenn der Besitzer sich entfernt oder die Sache verlegt, vergraben hat. In solchen Fällen muss jedoch der Besitzer immer das sichere Bewusstsein haben, dass er den Besitz ausüben kann. Da es nun bei beweglichen Sachen leichter geschehen kann, dass der Besitzer jenes Bewusstsein verliert, so wird die Dauer des Besitzes bei beweglichen Sachen regelmässig an das Bestehen einer solchen custodia geknüpft sein müssen. Mit der Aufhebung der custodia tritt Besitzverlust ein; oder, wie die l. 25 pr. D 41,2 sagt, der Besitz hört dann auf, wenn der Besitzer die Sache so aus seiner Gewahrsam verliert, dass er nicht weiss, wo sie sich befindet. Weil nun bei der heimlichen Okkupation der Besitzer im Augenblick der That nicht weiss, ob und wo die Sache existiert, kann er sie nicht mehr beherschen, ist nicht mehr Besitzer. Es ist eine ihrer Natur nach dauernde Unmöglichkeit, das körperliche Verhältnis zur Sache wieder herzustellen, eingetreten, da der bisherige Besitzer im Augenblick der Okkupation gar nicht weiss, wo die Sache ist, weiss er doch nicht einmal etwas von der Okkupation Der Be-

sitz geht also durch die heimliche Okkupation verloren: da uns keine Quellenstelle zwingt, hier ebenfalls eine Singularität anzunehmen, befolgen wir die allgemeinen Grundsätze der Besitzlehre. [1])

Da bei Handlungsunfähigen, wie Kindern und Wahnsinnigen, welche, obwohl sie willensunfähig sind, nichts destoweniger Besitz ausüben können, zur Erhaltung des Besitzes die Möglichkeit, das körperliche Verhältnis zur Sache wieder herzustellen, vorhanden sein muss, so verlieren sie den Besitz mit dem Eintritt einer solchen Unmöglichkeit, also mit der heimlichen Okkupation.

Kommen wir zu dem Vertreibungsrechte, welches dem abwesenden Besitzer bei Immobilien zustand, wir haben schon dort gesehen, dass durch die Kompilatoren der justinianischen Gesetzgebung das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers allgemein beseitigt ist, wie es schon Kaiser Constantin gethan (cf. § 6. J. 4,15, deren

[1]) Interessant dürfte es sein, an dieser Stelle einen speziellen Fall der heimlichen Okkupation an Mobilien zu betrachten. Man kann nämlich auch dann von heimlicher Besitzergreifung sprechen, wenn sich zahmes Vieh verlaufen hat und dasselbe von einem Dritten zurückbehalten wird. Denn der Besitz geht nicht durch die Thatsache des Verlaufens unter, sondern erst durch das Zurückbehalten eines Dritten oder durch Verirren und Verwilderung (nur so ist l. 3 § 13. D 41,2 zu verstehen). Es ist dies von Erheblichkeit für die Zuständigkeit der possessorischen Interdikte, welche jetzt der bisherige Besitzer gegen den Zurückbehalter des verlaufenen Tieres anstrengen kann, da derselbe durch den die Thatsache des Verlaufens nicht aufgehobenen Besitz des Tieres durch das Zurückbehalten entzogen hat. Anders ist es in dem Falle, wo jemand eine verlorene Sache sich aneignet; denn ist die Sache verloren, so ist sie eben dem Besitze entzogen, da die Ortsveränderung an sich die Möglichkeit der Wiederherstellung des unmittelbaren Gewaltverhältnisses zur Sache ausschliesst. Findet dieselbe dann jemand und nimmt sie mit sich, dann hat er eine besitzlose Sache okkupiert, kann also nicht mit possessorischen Interdikten haftbar gemacht werden.

Interpolation sich aus einer Vergleichung mit Gaius IV, 154 u. 155 ergiebt). Nach justinianischem Rechte hat nur noch der gegenwärtige Besitzer ein Vertreibungsrecht oder, wie man es hier besser nennt, ein Verteidigungsrecht. Dem gewesenen Besitzer ist das Vertreibungsrecht so gut untersagt, wie jedem anderen, der niemals Besitzer war. Das gilt nun aber wie bei Immobilien, so auch bei Mobilien. Wollte also der bisherige Besitzer die Sache mit Gewalt dem heimlichen Okkupanten wieder abnehmen, so verfiel er unweigerlich den Bestimmungen des Selbsthülfegesetzes vom Jahre 389 (l. 7. C. 8,4). Das Gesetz stellt nicht bloss die gewaltsame Wegnahme von Sachen unter Strafe, sondern gebietet auch ausdrücklich die Rückgabe des Weggenommenen. Ebenso ist in der justinianischen Kompilation die in heimlicher Weise erfolgende Selbsthülfe mit Privatstrafen belegt, da dem Besitzer nur gestattet war, eine ihm angethanene Besitzstörung mittelst Selbsthülfe zu beseitigen, nicht jedoch eine Besitzentziehung — und letztere liegt in der heimlichen Okkupation von Mobilien.

Nach dem klassischen römischen Recht stand dem bisherigen Besitzer gegen den heimlichen Okkupanten das interd. utrubi zu. Denn seine rekuperatorische Funktion ist auf Grund der Autorität Savignys allgemein anerkannt, so dass seine Bezeichnung als interdictum retinendae possessionis für eine ungenügende erklärt werden muss. Bei Verlust ex iniusta causa ist hier die Bedeutung der exceptio vitii gar nicht zu bestreiten. Wer heute den Besitz einer Sache durch heimliche Okkupation verlor, der musste siegen, wenn er das Interdikt nur innerhalb eines Jahres anstellte, mochte er auch nur einen Tag, der Gegner aber d. i. der heimliche Okkupant alle übrigen Tage dieses Jahres im Be-

sitze gewesen sein. Denn um diesen einen Tag hatte er ja maiore parte huiusce anni (nec vi) nec clam (nec precario) ab adversario besessen. Man kann also geradezu sagen, dass es sich beim interd. utrubi nicht nur nebenbei, sondern ausschliesslich um Rückgabe handelte, da der Schutz gegen Störungen bei beweglichen Sachen ohne praktischen Wert ist. Zur Entscheidung der Frage, ob der bisherige Besitzer auch dem gutgläubigen heimlichen Besitzer mit dem Interdikte die Sache entwinden kann, ist unmittelbar beweisendes Material den Quellen schwerlich zu entnehmen. Dennoch wird sich die Erwägung nicht abweisen lassen, dass, wenn einerseits das interd. U. P. als Immobiliarbesitzklage sich auch gegen den gutgläubigen heimlichen Okkupanten richtet, andererseits das interd. utrubi dem U. P. „quantum ad possessionem pertinet" gleichgestellt ist, auch der gutgläubige heimliche Besitzer von Mobilien mit dem interd. utrubi haftbar gemacht werden kann. Hierbei bleibt es natürlich völlig einflusslos, dass die heimliche Okkupation von Immobilien juristisch wirkungslos ist, während die von Mobilien Besitz verschafft.

Die l. un. § 1. D. 43,31 führte die Gleichstellung des interd. utrubi mit dem U. P. herbei in der Weise, dass lediglich der Standpunkt des Schutzes gegen Störung zu Grunde gelegt ist indem es in der l. 1 utrubi ausdrücklich heisst:

„dum super hoc ab adversario inquietatur."

Diese Gleichstellung der beiden Besitzinterdikte scheint mir von geringer Bedeutung gewesen zu sein. Denn wie oben erwähnt, sind bei Mobilien nur Besitzentziehungsklagen praktisch, und eine solche war das interd. utrubi auf Grund seiner rekuperatorischen Funktion. Jedoch mit dem Untergange des alten Interdiktenverfahrens

hatte für die rekuperatorische Funktion die letzte Stunde geschlagen; sie musste durch den Wegfall von fructus licitatio und iudicium Cascellianum auch rechtlich unmöglich werden. Da das interd. utrubi thatsächlich nur rekuperatorisch war, so musste in der Praxis das ganze Interdikt wegfallen. Man wird einwenden, dann fehlte ja für den Mobiliarbesitz jeder Schutz. Wenn dieser Einwand auch nur z. T. berechtigt ist, da andere Klagen bestanden, welche Schutz gegen Besitzentziehung von Mobilien boten, so muss doch anerkannt werden, dass der Schutz des Mobiliarbesitzes im römischen Rechte eine nicht sehr befriedigende Gestalt zeigte und nicht so abgerundet war, wie der Besitzesschutz der Immobilien. Für das heutige Recht ist diese Lücke vollständig durch die Spolienklage ausgefüllt, in der ein hinreichender Schutz gegen heimliche Besitzentziehung gegeben ist.

Wenn nun auch an dieser durch eine im kanonischen Rechte begonnene Neubildung des interd. U. V. entstandenen Klage, durch eine Umbildung, welche im Mittelalter von dem Bestreben geleitet, den Besitzesschutz noch mehr zu erweitern, ganz ungeheuerlich wurde, die in ihrer Gesamtheit actio spolii genannt wird, vieles streitig ist, das dürfte jedoch wohl unbestritten sein, dass sie in gleicher Weise auf Mobilien wie Immobilien Anwendung findet. Nun ist aber bei ihr auch entschieden das Erfordernis der eigentlichen Gewalt verworfen, d. h. Anwendung der Gewalt gegen die Person des Besitzers zur Entziehung des Besitzes, der vis atrox des interd. U. V.; principiell genügt vielmehr die unmittelbare, faktische Ergreifung und Entziehung des Besitzes, ohne Rücksicht, ob eine faktische Abwehr des Besitzers stattfindet und er überwunden wird oder nicht. Aus diesen Thatsachen ergiebt sich, dass die Spolienklage begründet

ist bei heimlicher Okkupation von Mobilien, wenn Widerspruch stattgefunden hatte oder auch nur sich von selbst verstand. Was die Einreden anbetrifft, um diese hier kurz zu berühren, so ist wohl über den Ausschluss der petitorischen Einreden und der exceptio vitii auf Grundlage des interd. U. V. kein Zweifel. Eine Streitfrage besteht jedoch über die Einrede der Verjährung Das interd. U. V. ist „de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenit" dreissigjährig, im übrigen einjährig. Gegen Savigny ist wohl zu erklären, dass das id quod pervenit die Bereicherung bedeutet. Der Gegensatz ist nur der Schaden des Dejicierten und die Bereicherung des Dejicienten; Schadenersatz kann nur ein Jahr, die Herausgabe der Bereicherung dreissig Jahre gefordert werden. Sofern es sich übrigens um Herausgabe rechtswidrig besessener Sachen handelt, ist die Klage bei mala fides des Beklagten unverjährbar nach der bekannten kanonischen Bestimmung:

„qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae",

insofern man diese Vorschrift auf die Klagen bezieht, welche auf Restitution einer unrechtmässig besessenen Sache gerichtet sind.

Wie beim interd. utrubi, so kommt auch bei der Spolienklage, abgesehen von der Verjährung, nichts darauf an, ob der heimliche Okkupant bona oder mala fide ist; bei jeder heimlichen Wegnahme von Sachen ist sie begründet.

Ist nur der heimliche Okkupant mit der Spolienklage zu belangen oder auch Dritte, welche von ihm oder wenigstens nach ihm die Sache bekommen? Die ältere Praxis gab sie gegen jeden Dritten; diese Ausdehnung ist jedoch schon seit Mitte des vorigen

Jahrhunderts aufgegeben, wenigstens von denen, welche dieser actio nur einen possessorischen Charakter — und das dürfte das Richtige sein — zuschreiben. Nur eine allgemein anerkannte und geltende Umwandelung des römischen Rechts muss man auf Grund der c. Saepe annehmen, welche dahin geht, dass der Singularsuccessor, welcher den Besitz spolii conscius erworben hat, auch auf Grund der Spolienklage haftet. Sie geht also auch gegen den Erwerber, welcher bei einer Veräusserung der Sache durch den Okkupanten weiss, dass die Sache durch heimliche Okkupation erlangt ist, und nur gegen diesen, nicht gegen jeden m. f. possessor. Scientia superveniens begründet ausserdem die Klage nicht. Hieraus folgt, dass, wenn der Okkupant den Besitz vor der Kenntnis des bisherigen Besitzers an einen Dritten giebt, dieser Dritte nicht an und für sich mit der Spolienklage haftet, sondern nur als Successor, sofern er beim Erwerbe spolii conscius in dem erwähnten Sinne ist.

Wir haben gesehen, dass das interd. utrubi in der späteren Entwickelung des römischen Rechts als selbstständiges Besitzmittel verschwunden und in dem interd. U. P. aufgegangen ist. Da wir nun die rekuperatorische Funktion des letzteren für die späteren Epochen des römischen Rechts verwerfen, so stempeln wir dasselbe zu einer Besitzstörungsklage, und kommen notwendig zu dem Resultate, dass dem wesentlichsten Bedürfnis des Mobiliarbesitzschutzes, welches auf Wiedererlangung verloren gegangenen Besitzes geht, nicht genügt wäre. Man könnte sagen, dies wäre nur von geringer praktischer Bedeutung gewesen, da thatsächlich Besitzentziehungsklagen bei Mobilien höchst selten wären, kenne man doch meistens den Besitzer nicht. Doch ist es nicht denkbar, dass die Römer eine solche sich zuweilen auch

in der Praxis fühlbar machende Lücke, welche unzweifelhaft bei Mobilien hinsichtlich des Interdiktenschutzes seit dem Wegfall des interd. utrubi in seiner alten Gestalt vorhanden war, hätten bestehen lassen, wenn sie nicht ein anderes, diese Lücke vollständig ausfüllendes Rechtsmittel gehabt hätten. Ja, es ist nicht unwahrscheinlich, dass das interd. utrubi schon zur Zeit der klassischen Jurisprudenz durch neuere, zweckmässigere Formen der Rechtsverfolgung in der Praxis beseitigt ist, da es immerhin ein unvollkommenes Gebilde war, ging es doch nur gegen den, welcher die Sache noch besass, nicht also gegen den Dieb, qui dolo desiit possidere, und verjährte es doch schon innerhalb eines Jahres. Als Beleg für diese Ansicht möge l. 1 § 6 D. 43, 16 angeführt werden. In dieser Stelle werden uns als Rechtsmittel gegen heimliche Entziehung des Besitzes von Mobilien eine condictio furtiva possessionis und die actio ad exhibendum genannt. Die actio ad exhibendum möchte wohl in einem solchen Falle nicht zum Ziele führen; denn der entscheidende Vorzug der possessorischen Klagen, dass weder das Interesse des Klägers, noch das eigene Recht des Beklagten einen Gegenstand der Verhandlung abgeben kann, fällt bei ihr hinweg (l. 3 § 11 D. 10, 4).

An zweiter Stelle wird in den Quellen eine condictio possessionis genannt, indem Wiedererstattung entzogenen Besitzes, den man als eine Stellung von Wert auffasste, auf Grund des civilrechtlichen Satzes verlangt wurde, dass zurückgefordert werden kann, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gelangt ist. Dies spricht für heimliche Besitzentziehung von beweglichen Sachen l. 25 1 D. 47,2 aus. Es unterliegt deshalb wohl keinem Zweifel, dass, wie jede condictio, so auch die ob iniustam causam oder sine causa statt

aufs Eigentum auf den Besitz gestützt werden könne. Da nun hauptsächlich heimliche Okkupation fremden Besitzes an Mobilien ein furtum involvieren wird, obwohl es hier auch eine b. f. Okkupation geben kann, so haben wir hier eine condictio furtiva possessionis, eine condictio incerti, welche man, um den Beweis des Eigentums zu vermeiden, statt der condictio furtiva rei anstellte. Eine Streitfrage ist die, ob die condictiones possessionis zu den Interdikten in dem Verhältnis der elektiven Konkurrenz stehen, wie Bruns annimmt, oder ob, wie Rudorff meint, dieselben erst da beginnen, wo die Interdikte aufhören, wirksam zu sein. Ich sehe keinen Grund, mich gegen die Bruns'sche Ansicht zu entscheiden. Kläger ist derjenige, dessen Besitz wider oder ohne seinen Willen verloren ist, dessen Sache also heimlich okkupiert ist. Es haftet der Klage — und zwar, wenn die Veranlassung der Klage ein Delikt ist, auf vollen Schadensersatz, bei gutgläubiger Okkupation dagegen nur auf Bereicherung — derjenige, der den Besitz der Sache heimlich sine causa ergriffen hat. Das ist das Entscheidende; gleichgültig ist im Allgemeinen, ob der Thäter gegenwärtig noch besitzt oder nicht. Was die Einreden anbetrifft, so hält Bruns petitorische Einreden für unstatthaft; die Bereicherung besteht nach ihm in allen Fällen der Besitzentziehung in dem Haben des Besitzes „ohne oder vor Beweis des Rechts". Nur bei voller Liquidität des Eigentums oder des sonstigen Rechts ohne allen Gegenbeweis wäre daraus ein exceptio doli nach der Regel:

„dolo facit, qui petit, quod redditurus est"

zu entnehmen. Rudorff scheint ihm darin beizustimmen, in so fern er die Einrede des Eigentums erwähnt. Ihering dagegen erklärt die Anwendung der petitorischen

Einreden für allgemein zulässig und erklärt auf Grund dieser Behauptung, dass die condictiones sehr schwache Schutzmittel des Besitzes wären. Mit Windscheid muss man wohl diese Einreden in vollem Umfange zugeben, in sofern in dem Vorschützen einer petitorischen Einrede nicht eine rechtsbejahende Einrede, sondern vielmehr eine Verneinung der Klagethatsachen liegt. Denn „wenn der Beklagte ein Recht zu besitzen hat, so ist die Veränderung, welche in der Vermögenslage der Parteien eingetreten ist, keine ungerechtfertigte, sie ist nicht sine causa". Bruns lässt die Kompensationsreden zu; und es ist unzweifelhaft, dass ihre Anwendung gestattet ist, jedoch nur in der durch die l. 14 § 2 C. 4,31 auferlegten Beschränkung.

> „Possessionem alienam perperam occupantibus compensatio non datur"

heisst es in dieser Konstitution. Bei der weiten Fassung derselben wird man das perperam occupare auf alle eigenmächtigen Aneignungen, die wider den Willen des Besitzers geschehen sind, beziehen können. Die Kompensationseinrede würde also gegenüber dem mit einer condictio geltend gemachten Anspruche aus einer heimlichen Besitzentziehung unzulässig sein. An zweiter Stelle wären die possessorischen Einreden zu betrachten. Dass Einrede der Klageverjährung statthaft ist, wird nicht bezweifelt, doch kann nicht die einjährige der Interdikte, sondern die dreissigjährige der Kondiktionen und Aktionen Platz greifen. Die exceptio vitii ist wohl von dem Principe des justinianischen Rechts aus, den fehlerhaften Besitz zwar nicht gegen Störung, wohl aber gegen Entziehung zu schützen, unzulässig. Nach Ihering soll eine Einrede auch auf den Umstand, dass der Kläger den Besitz, den er zurückfordert, mittelst eines Delikts von einem Dritten erlangt

habe, wegen des daraus sich ergebenden „mangelnden Interesses“ des Klägers gegründet werden können. Ich möchte mich mit Bruns und Windscheid gegen ihn erklären; wenn sich Ihering auf die l. 12 § 1 D. 47,2 beruft, nach der die actio furti nur dem bonae nicht dem malae fidei possessor zusteht, so ist zu erwidern, die actio furti ist eine Pönalklage, die condictio furtiva eine actio rei persecutoria. Wie der Dieb aber die actio depositi und die actio commodati hat, weshalb sollte er nicht auch die Kondiktionen und Aktionen zur Wiedererlangung des Besitzes gegen Dritte anstellen können! Die im römischen Rechte seit dem Wegfall der rekuperatorischen Function des interd. utrubi bestehende Lücke ist demnach grösstenteils durch die condictio possessionis ausgefüllt.

Ueber die heimliche Okkupation von Immobilien gelten dieselben Grundsätze, mag der Besitz mittelbar oder unmittelbar ausgeübt sein. Es ist die Frage, ob die Irrevelanz der Art der Ausübung des Besitzes für die Grundsätze über die heimliche Okkupation auch bei Mobilien zutrifft. Vorauszuschicken ist, dass jeder Detentionsverlust der Mobilien seitens des Stellvertreters an Dritte Besitzverlust für den Besitzer dann involviert, wenn dadurch für denselben eine dauernde Unmöglichkeit, das körperliche Verhältnis zur Sache wieder herzustellen, herbeigeführt wird. Und dass eine solche Art des Detentionsverlustes in allen Fällen der heimlichen Okkupation des durch Stellvertreter ausgeübten Besitzes vorliegt, kann wohl nicht bestritten werden. Dies wäre das allgemeine Prinzip; im Folgenden handelt es sich nun darum, zu sehen, in wie weit dasselbe in den einzelnen Fällen durchgeführt ist. Setzen wir zuerst den Fall, dass eine Sache in Abwesenheit des den Besitz

ausübenden Stellvertreters heimlich okkupiert wird. Unbestritten ist, dass hier der Besitz des Vertretenen durch die Okkupation verloren geht. Und dass die Römer kein Bedenken getragen haben, aus dieser gegen einen Stellvertreter bewirkten Detentionsentziehung dem bisherigen Besitzer das interd. utrubi zu geben, folgt daraus, dass eine Einrechnung der Detentionszeit des Stellvertreters in den für siegreiche Durchsetzung des interd. utrubi erforderlichen Besitzeszeitraum stattgefunden hat wie dies durch den Zusammenhang der § § 151—153 des vierten Buches der Institutionen des Gajus bewiesen wird. (cf. auch § § 4a—5 I. 4,15). Im heutigen Rechte würde dem früheren Besitzer die Spolienklage zustehen; auch könnte er die condictio possessionis geltend machen. Ob dagegen in diesem Fall der Stellvertreter im Besitze die Besitzklagen und insbesondere die Spolienklage hat, ist zweifelhaft. Nach römischen Recht hat der Detentor dieselben jedenfalls nicht; will man sie ihm für das moderne Recht zusprechen, so ist es jedenfalls zweckmässig, sie auf die Detention im eigenen Interesse zu beschränken. Ferner kann bei Mobilien der Stellvertreter willentlich die Detention verlieren, und zwar einmal dadurch, dass er treulos die Sache schlechthin aufgiebt — discedere bei Immobilien — oder indem er die Sache einem andern tradiert. Ob nun die c. 12 C. 7,32 mit ihrem „nihil penitus domino praeiudicii generetur“ auch auf Mobilien — dies würde dem Wortlaute nach (cuiuscunque rei) möglich sein — zu beziehen ist, scheint mir mindestens zweifelhaft. Randa, Savigny, Windscheid wollen auch Mobilien unter diese lex subsummieren; Meischeider, Kniep gehen von der Thatsache aus, dass Justinian durch diese Konstitution einen unter den römischen Juristen hin-

sichtlich der Immobilien bestehenden Streit habe entscheiden wollen; dass auch über Mobilien in dieser Hinsicht ein Streit bestanden habe, dafür geben die Quellen keine Belege. Ausserdem wiese die lateinische Bezeichnung des Vertreters, sofern er näher bezeichnet werde, colonus, inquilinus auf Grundstücke hin. M. E. ist es nicht ratsam, die c. 12 cit. in der Weise, wie wir sie oben ausgelegt haben, auch auf Mobilien zu beziehen. Denn wenn ein Dritter eine von einem Vertreter detenierte, aber aufgegebene Mobilie heimlich okkupiert, oder derjenige, dem der Vertreter dieselbe zugedacht hat, die Gewalt über dieselbe unter den für eine Okkupation hinreichenden Thatumständen erlangt, so verliert der Besitzer den Besitz nach den allgemeinen an Mobilien geltenden Grundsätzen, und hier eine Ausnahme konstruieren zu wollen, halte ich mich bei der allgemeinen Fassung der c. 12 cit. für nicht berechtigt, zumal da Julian in der l. 33 § 4 D. 41,3 offenbar erklärt, dass der Besitz an Mobilien verloren gehe, wenn der die Sache detinierende Stellvertreter sie einem Driten tradiere. Natürlich dringt der bisherige Besitzer dem heimlichen Okkupanten gegenüber mit der Besitzklage durch. Uebrigens ist zu bemerken: da in der treulosen Tradition an Dritte eine genügende Aeusserung des Besitzwillens liegt — das Nähere wird gleich zu betrachten sein —, so wird der Vertreter durch eine Disposition über die Sache Besitzer, derjenige also, dem er die Sache überträgt, Successor, der nur dann mit der Spolienklage haftet, wenn er spolii conscius ist. Wenn aber in dem Tradieren einer Sache nicht eine Aeusserung des Besitzwillens seitens des Vertreters gesehen werden kann, so z. B. wenn der Vertreter im Irrtum die fremde Sache anstatt einer eigenen fortgiebt, nicht also der

Vertreter, sondern erst der Empfänger den Besitz erwirbt, dann ist die Spolienklage auch nicht gegen den Vertreter sondern nur gegen den Empfänger begründet. Aehnliche Grundsätze gelten hinsichtlich der condictio possessionis, welche dem früheren Besitzer, wie oben gezeigt, zusteht; und zwar haftet mit ihr bei treuloser Uebergabe der Vertreter, da er selbst Besitzer geworden, bei aus Irrtum geschehener der Empfänger, da erst dieser Besitzer geworden ist.

Der letzte hier anzuführende Fall ist die heimliche Okkupation von Mobilien durch den sie detinierenden Stellvertreter. Dass hier eine Besitzentziehung auch ohne Kenntnis des Besitzers möglich ist, darüber besteht keine Streitfrage; also auch hier findet die den allgemeinen Grundsätzen entsprechende Regel ihre Anwendung, dass der Besitz an Mobilien durch heimliche Okkupation verloren gehe. Jedoch streitet man darüber, ob zum heimlichen Besitzerwerb durch den Stellvertreter die irgendwie geschehene Aeusserung des Besitzwillens genüge, oder ob eine körperliche Einwirkung auf das Objekt erforderlich sei. Savigny hat die Ansicht entwickelt, dass der Vertreter erst dann als Besitzer gelten könne, wenn er ein furtum begangen habe; in folge dessen erfordert er zum Erwerbe des Besitzes durch den bisherigen Detentor eine Kontrektation der Sache, d. h. eine zum Zwecke des Diebstahls erfolgende, körperliche Berührung der Sache. Für ihn sprechen l. 3 § 18 D. 41,2 (loco movere), l. 1 § 2 D. 47,2 (occultare), l. 67 pr. eod. Gegen ihn hat Schirmer, und nach ihm andere, Windscheid, Witte, Baron, eine bereits früher aufgestellte Ansicht eingehend begründet, der Besitzwille des Vertreters könne auch anderweit wirksamen Ausdruck erhalten. Gegen Savigny spricht der Umstand,

dass seine Ansicht nicht der Rechtsregel entspricht, da gerade vom Standpunkte seiner eigenen Theorie aus beim Vorhandensein des Detentionsverhältnisses der Hinzutritt des animus allein bereits konsequent den Besitz begründen müsste. Den Grund jener Abweichung — eine solche gesteht Savigny selbst zu — sieht er u. a. in dem Rechtssatze: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest."

Jedoch scheint mir dieser Satz, dessen Anwendbarkeit auf die Verwandlung der Detention in juristischen Besitz an sich nicht bestritten zu werden braucht, nur die Bedeutung zu haben, dass der blosse innere Wille nicht zur mutatio possessionis genügt, dass es hierzu vielmehr einer hinreichend deutlichen Dokumentierung des Willens bedarf. Dass diese Aeusserung des Willens gerade in einer körperlichen Einwirkung auf die Sache bestehen müsse, kann aus diesem Rechtssatze jedoch nicht gefolgert werden, wobei auf die treffende Bemerkung Witte's hingewiesen werden mag, dass auch bei Annahme der Savigny'schen Lehre schliesslich allein die Willensänderung die causa der mutatio possessionis wäre. Was die von Savigny angeführten Quellenstellen betrifft, so scheint mir das Celsinische Fragment (l. 67 pr. D. 47,2) schon aus stilistischen Gründen nicht beweisend; wenn aber in den beiden Paulinischen Stellen das loco movere und das occultare besonders hervorgehoben wird, so hat damit das Ungenügende des blossen infitiari und negare ausgesprochen werden sollen. Daraus aber zu schliessen, dass das Beiseiteschaften und Verlegen der einzige relevante Ausdruck des Besitzwillens ist, halte ich für ungerechtfertigt. Blosses Ableugnen, welches den Willen, die Sache für sich zu haben, keineswegs ohne Weiteres voraussetzt, muss man für nicht hinreichend, aber deshalb noch lange nicht eine contrectatio für notwendig

erklären. Gegen Savigny spricht m. E. die l. 47 D. 41,2 Papinian's; es heisst hier:

„si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est."

Das confestim geht allerdings in erster Reihe auf den Gegensatz zu dem Besitzverlust an einer Immobilie, an welcher der Vertreter nicht ignorante domino Besitz erwerben kann. Aber das constituere sibi possidere neque reddere wird doch ohne das loco movere zum Besitzverlust des bisherigen Besitzers für genügend erklärt. Es muss allerdings der Entschluss, rem sibi habendi, geäussert werden, um juristisch in Betracht zu kommen; aber jeder schlüssige Ausdruck des Willens, muss auch zum Besitzverlust genügen. Zur Vervollständigung einer früheren Bemerkung möchte ich hier hinzufügen, dass ein tradere im Sinne der c. 12 C. 7,32 wohl immer als ein schlüssiger Ausdruck des Willens, sich zum Besitzer der Sache zu machen, aufgefasst werden kann, so dass die oben berührte Streitfrage in der Praxis jeder Erheblichkeit entkleidet wird.

Was die Stellung des heimlichen Okkupanten anbetrifft, so wird er durch die Okkupation Besitzer der Sache, da sowohl der animus domini, als auch die physische Möglichkeit der willkürlichen Behandlung der Sache, also das corpus, die beiden Voraussetzungen für den Erwerb des Besitzes, vorliegen. Auch nach klassischem, römischen Recht galt er Dritten gegenüber als Besitzer ohne Beschränkung und genoss deshalb vollständigen Rechtsschutz. In dem Verhältnisse zum bisherigen Besitzer, dem er die Sache heimlich entzogen hatte, war er ebenfalls Besitzer, wenn auch possessor

vitiosus; stellte er also das interd. utrubi gegen den bisherigen Besitzer wegen Besitzstörung an, so bedeutete das Entgegenstellen der exceptio vitii nicht eine negative Litiskontestation, sondern sie war eben eine rechtsbejahende Einrede, welche allerdings Abweisung des Klägers zur Folge hatte. Denn mit dem interd. utrubi siegt immer diejenige Partei, welche im letzten Jahre die längste Zeit nec vi nec clam nec precario besessen hat. Nachdem mit dem Wegfall des interd. utrubi auch die exceptio clandestinitatis beseitigt war, war der Okkupant unumschränkter Besitzer, jedoch den Besitzentziehungsklagen des bisherigen Besitzers ausgesetzt.

Dass der heimliche Okkupant durch die Okkupation in die conditio usucapiendi kommen kann, ist nicht zu bestreiten; jedoch gewöhnlich wird er in mala fide sein. Das hindert jedoch nicht, dass gutgläubige Dritte, die den Besitz später erlangen, Usukapionsbesitz erhalten können. Involviert allerdings die heimliche Okkupation ein furtum, so ist die Sache als res furtiva nicht usukapionsfähig; es ist jedoch zu bemerken, dass nur dasjenige furtum die Sache unersitzbar macht, welches sie dem Eigentümer entzieht, dass die Ersitzungsunfähigkeit aufhört, wenn die Sache in die Gewalt des Eigentümers znrückkehrt. Daher wird die Sache überhaupt nicht ersitzungsunfähig, wenn der Eigentümer selbst der heimliche Okkupant ist.

Die Darstellung der „Grundsätze über die heimliche Okkupation fremden Sachbesitzes und ihre Folgen“ glauben wir damit im Wesentlichen erschöpft zu haben. Am Schluss dieser Betrachtungen angelangt dürfte es wohl angebracht erscheinen, kurz die Stellung, welche der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, zweite Lesung, zu diesen Fragen einnimmt, zu charakterisieren.

Der Entwurf geht davon aus, dass die Verschiedenheit der Gestaltung der Inhabung bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen wegen der hier möglichen Uebergangsformen eine principiell verschiedene Behandlung des Besitzes an Mobilien und Immobilien nicht rechtfertige. Nichts desto weniger macht sich der Einfluss, welchen die natürliche Beschaffenheit der Grundstücke auf die Gestaltung und Dauerhaftigkeit der Detention hat, in Vorschriften, wie sie der § 812 enthält, geltend, der eine Besonderheit für den körperlichen Besitzverlust bei Grundstücken bestimmt. Durch die heimliche Okkupation eines Grundstücks tritt hinsichtlich des Besitzes ein Zeitraum der Unentschiedenheit ein, und erst nach dem Ausgange entscheidet sich der Besitzstand der Zwischenzeit. Verschafft sich der bisherige Besitzer die Detention durch ein im § 815 Absatz 3 ihm zugestandenes Bemächtigungsrecht, welches sich nur auf die Sache richtet und nicht eine Gewalt gegen die Person in sich bergen darf, wieder oder erlangt er dieselbe im Wege des Besitzprozesses zurück, so erscheint sein Besitz als nicht unterbrochen. Unterlässt er dies, so erscheint der Besitz des Okkupanten als mit der Okkupation erworben. Der Entwurf weiss geschickt die Unzuträglichkeiten, welche aus dem Satze von der Fortdauer des Besitzes im römischen Rechte hervorgehen, insofern derselbe manche Härte dem redlichen Okkupanten gegenüber enthielt, zu vermeiden und nimmt eine sehr glückliche Mittelstellung ein.

Litteraturangabe.

J. Baron. Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht.
J. Baron. Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Band VII.
E. J. Bekker. Das Recht des Besitzes.
A. Brinz. Pandekten I.
Carl Georg Bruns. Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts.
Carl Ceorg Bruns. Das Recht des Besitzes.
Bürgerliches Gesetzbuch. Motive.
H. Dernburg. Pandekten I.
Fitting. Archiv für die civilistische Praxis. Band 55.
P. Hirsch. Die Principien des Sachbesitzerwerbes und -Verlustes.
R. von Ihering. Ueber den Grund des Besitzschutzes.
J. F. Kierulff. Theorie des gemeinen Civilrechts.
F. Kniep. Vacua possessio.
E. Meischeider. Besitz und Besitzschutz.
Pernice. Zeitschrift für Handelsrecht (Goldschmidt) Bd. XX.
L. Pininsky. Der Sachbesitzerwerb I.
H. Pflüger. Die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts.
A. Randa. Der Besitz nach österreichischem Rechte.
F. C. von Savigny. Das Recht des Besitzes.
Schirmer. Zeitschrift für Gesetzgebung VIII.
Schirmer. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. XI.
K. A. von Vangerow. Pandekten.
O. Wendt. Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Band 21.
B. Windscheid. Pandekten.
H. Witte. Das interdictum uti possidetis. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. Band XVIII.